النصف الثاني من شرح مجمع البحرين سح ٢٥

فهرست ما ذكر في المجلد الثاني من شرح مجمع البحرين

كتاب الشفعة
كتاب الكفالة
كتاب الوقف
كتاب اللقطة
كتاب إحياء الموات
كتاب الرضاع
كتاب الديات
كتاب الأيمان
كتاب الرجوع
كتاب الحظر والإباحة

كتاب الشركة
كتاب الحوالة
كتاب الوديعة
كتاب الخنثى
كتاب المزارعة
كتاب الطلاق
كتاب الحدود
كتاب أدب القضاء
كتاب القسمة
كتاب الوصايا

كتاب المضاربة
كتاب الصلح
كتاب العارية
كتاب المفقود
كتاب المساقاة
كتاب العتاق
كتاب الصيد والذبائح
كتاب الدعوى
كتاب الإكراه

كتاب الوكالة
كتاب الهبة
كتاب اللقيط
كتاب الإباق
كتاب النكاح
كتاب الجنايات
كتاب الأضحية
كتاب الشهادات
كتاب البيع

تم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

هي مأخوذة من الشفع الذي هو الضم سميت بذلك لان الشفيع يضمها اي المبيع الى عقاره وهي تمليك العقار
بما قام على المشتري بالشركة والجوار فلا بد من معرفة سبب الشفعة وشرطها وما يؤكدها وحكمها اي اذا
يأخذها فمن يأخذها وما يبطلها وسببها الاتصال بالشركة او الجوار وشرطها عقد المعاوضة وحكمها
اخذ الشفيع المبيع من المشتري اما بالقضاء او بالرضاء ويأتي المصنف يوردها على التفصيل وتجب للخليط
اي للشريك في المبيع وهذا مقدم على غيره بالاتفاق لانه اقوى لتعلق شركته باجزاء الملك وفي
التبيين الشريك في البناء بدون الارض لا يكون خليطا في المبيع ولهذا قالوا لا شفعة في الابنية
والكروم اذا كانت على الارض الموقوفة ثم تثبت الشفعة في حق يعني اذا سلم الخليط للمبيع واسقط
الشفعة او لم يكن الخليط في المبيع ثبت الشفعة لمن هو شريك في حق المبيع وكذا لو كان الخليط
غائبا يقضي بالشفعة اذا اسقط الشفعة او لم يكن الخليط في المبيع ثبت الشفعة لمن هو شريك
في حق المبيع وكذا لو كان الخليط غائبا يقضي بالشفعة لمن له شركة في حقه اذا طلب لان الغائب
يحتمل ان لا يطلب حقه فلا يؤخر حق الحاضر لاجل الغائب بعد القضاء له لو ترك شفعته ليس للشريك
في حقه ان يأخذ لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه ولو لم يطلب الشريك في حقه حين غيبة الخليط
فاذا حضر كان ليس للشريك ان يأخذه كذا في القنية وفي كل موضع سلم الشريك الشفعة انما ثبت
للجار حين سمع البيع وان لم يكن له حق الاخذ في الحال حتى لو لم يطلب الشفعة حتى سلمه فلا شفعة له
كالشرب والطريق الخاص اي الخاصين افرد على سبيل البدل ولو كانا عامين لم يثبت بهما الشفعة
الشرب الخاص نهر لا تجري فيه السفن وقيل ما ينقطع في الاخراج في اضافي المسقفة وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الشرب الخاص ما يسقى قراحين او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام والطريق الخاص هو الغير النافذ
حقيقة او حكما بان يكون في اسفل السكة شيء يتعلق به حق العامة كالمسجد ونحوه ويكون ظهر
المسجد او طرف منه الى الطريق الاعظم لان المسجد لما كان غير مملوك كان بمنزلة النفاذ فان بيع دار
فيه لا شفعة الا للجار لان المسجد غير مملوك فان كان المسجد في وسط السكة ليس له الشفعة فيما باع
من مدخل السكة الى وسطها وان بيعت في الاسفل فلشركاء الاسفل في الطريق الشفعة كذا في المجمع

الفتاوى هذا اذا كان المسجد خطة اي يتعين ويعلم المسجد في ابتداء الشهر اما اذا احدثه
اهل الدرب فيجب لهم الشفعة وان كان ظهره وجوانبه الى حد والناس فلاهل الدرب الشفعة
لانه لا يكون بمنزلة النفاذ فعلى هذا حكم السكك التي قضاها الوادي بنجار الشركة عامة كذا في
الفتاوى ثم حق تثبتها الجار الملازق الذي على ظهر الدار المبيعة وبابه في سكة اخرى وقال الشافعي
وهو قول مالك رحمه الله واحمد رحمه الله لا شفعة للجار وكذا الخلاف في الجار المقابل في السكة الغير النافذة
لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا قسمت الدار وحددت وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق
الشفعة ثابت على خلاف القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه فيقتصر على مورده وهو ما
لا يقسم ولان وجوب الشفعة لدفع ضرر القسمة فلا يمكن دفعه الا بالتملك فلا يثبت بالجوار
ولنا قوله عليه السلام الجار احق بالشفعة ولان وجوب الشفعة انما هو لدفع ضرر الجوار باتصال
الاملاك وضرر سوء الجار دائم لدوام الاتصال ودفع هذا الضرر انما هو بالتملك فثبت له حق الشفعة
عند المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا المعنى موجود فيما يقسم وفيما لا يقسم وقد روي
عن شريح انه قال الخليط احق من الشريك والشريك احق من الجار والجار احق من غيره فالترتيب
يعرف في دار فيها منازل وباب الدار الى زقاق غير نافذ وابواب المنازل كلها الى صحن الدار
وكل منزل فيها لرجل الا منزلا واحدا بين رجلين وللجار ملاصق وراء ظهره فباع احد الشريكين
نصيبه من المنزل المشترك فالشفعة للشريك لانه خليط في نفس المبيع فان سلم فالشفعة لاهل
ابواب المنازل كلها لانهم شركاء في حق المبيع وهو الطريق فان سلم اهل المنازل كلهم فالشفعة
للجار الملاصق في وراء ظهره فواضع جذع على حائط في الشريك في خشبة عليه والحائط
الشريك في ارض جاره ولو كان الشفيع ذميا احترازا عن قول ابن ابي ليلى رحمه الله فانه قال لا شفعة
للذمي وكذا لو كان الشفيع ماذونا او مكاتبا لانها شرعت لدفع ضرر الجار والكل في ذلك سواء و
حكم الجار مع الخليط في الطلب كحكم الخليط مع الشريك ونحن نقسمها اي على عدد الشفعاء الرؤوس فيثبت
على قدر رؤسهم وعند الشافعي رحمه الله على قدر سهامهم هذا على اصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع
ضرر مؤنة القسمة وحاجة صاحب الكثير اكثر لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء فاذا كان دار
بين ثلثة لاحدهم نصف وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف قضى بين الاخرين
اثلاثا عنده على قدر ملكهما ونصفين عندنا على قدر رؤسهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها تكميل
منافعه فاشبه الربح والغلة ولنا ان سببها اتصال الملك وقليل الملك ككثيره ولهذا لو تفرد صاحب

القليل فلكل الشفعة بخلاف الربح والكسب لانهما من نتائج الملك فيكونان بقدره ويجب الشفعة
اي تثبت لان الوجوب الثبوت بعد البيع الصحيح فلا تثبت الشفعة بعد البيع الفاسد وان
اتصل بالقبض لينقطع حق البايع الخالي عن خيار البايع لانه يمنع خروج المبيع عن ملك البايع
اجماعا فلا يمكن للشفيع التملك به ولو كان الخيار للمشتري فله الشفعة اجماعا اما عندهما فلكونه
مالكا للمبيع وقت الشرى واما عنده فلثبوت حق التملك له لان خيار المشتري لا يمنع زوال ملك
البايع وحق الشفعة يتعلق بالزوال لا بالثبوت وما وجد في معناه اي معنى البيع الصحيح
على ما ذكر كالصلح على مال والهبة بعوض على ما يجيء ويثبت الشفعة بسقوط الخيار الذي للبايع
عنه وبسقوط حق الفسخ في البيع الفاسد لان حق الفسخ فيه للشرع فاذا تعلق به حق
المشتري بالبناء والغرس سقط حق الفسخ لترجح حق العبد على حق الشرع وانما قال بعد
البيع الصحيح لانه لو قال بالبيع لتوهم ان البيع سبب الشفعة فان السبب للشفعة
الشركة في المبيع والبيع شرط على ما قرر ولم يتوهم هذا في قوله وبسقوط الخيار لان هذا
شرط جزئي من مواضع الشفعة والسبب يجب ان يكون عاما في جميع المواضع وتستقر الشفعة
بالاشهاد لانها حق ضعيف لا بد من طلب المواثبة ليثبت رغبته في الشفعة فلا بد من طلب المواثبة
ليتمكن اثبات طلبه عند القاضي فاذا اشهد عليها لا تبطل بعد ذلك بالسكوت الا ان
يسقطها بلسانه او يعجز عن ايفاء الثمن وتملك الدار المشفوعة بالاخذ اذا سلمت اليه اي الى
الشفيع بالرضا لان الملك ثبت للمشتري حتى لو اجر يطيب له الاجرة فينتقل برضا المشتري
او حكم وقضى له فيملك الشفيع باحد الامرين بالتراضي او حكم الحاكم له بها اي بالشفعة وفائدة
هذه الفايدة ان الشفيع اذا مات بعد الطلبين قبل الاخذ والحكم لم يورث عنه الدار
المشفوعة ولو باعها لا يجوز ولا يجب الشفعة في غير العقار لقوله عليه السلام لا شفعة الا في
ربع او حائط حتى لو بيع النخل وحده او البناء وحده لا شفعة لانها لا قرار لهما بدون العرصة فكان
في معنى المنقول بخلاف العلو حيث يستحق به الشفعة في السفل بجواره وان لم يكن طريقهما مشتركا
لان حق القرار له ملحق بالعقار ولو باع العقار مع العبيد والدواب تثبت الشفعة في الكل
تبعا للعقار كذا في البدرية وفي التجريد لا شفعة في الوقف ولا في جواره وقال ابن ابي ليلى
يجب الشفعة في المنقول كعروض وفلك وبناء وهو قول اهل مكة وعن مالك رحمه الله في فلك فقط
كذا في العيون والصحيح من مذهبنا ثبوتها في العقار على خلاف القياس فيختص بمورده وكحق تعينها

اي الشفعة فيما لا يقسم كالبئر والرحى والحمام وقال الشافعي رحمه الله لا تثبت الشفعة فيها وهذا الخلاف مبني على الاصل
عنده وهو ان الشفعة انما شرع لدفع ضرر مؤنة القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار على الدوام وهذا المعنى
موجود فيما لا يقسم وما يقسم فيجب في الكل والظلة وهي التي احد طرفي جذوعها على الدار المبيعة وطرفها
الاخر على حائط الجار لا تدخل في المبيع عند ابي حنيفة رحمه الله فلا ياخذ الشفيع حتى يقول بكل حق هو لها
وقالا يدخل وان لم يقل بكل حق والخلاف في الظلة التي مفتحها الى الدار المشفوعة ولو كان مفتحها الى السكة لا يدخل
اجماعا له انها تبع للدار من وجه واصل من وجه لان قرارها بها او بغيرها فان قال بكل حق لها دخلت
والا فلا ولهما ان الظلة من مرافق الدار لانتفاع صاحبها بها وتعد من اجزائها فيدخل كالكنيف
المشروع الى الخارج الدار فياخذه الشفيع مع الدار المشفوع بها واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت
الشفعة فان ملكها بلا عوض كالهبة المطلقة والصدقة لا تثبت وكذا اذا ملكها بعوض ليس بمال
واشار الى الخلاف بالتفريع فلا تثبت اي الشفعة في دار تزوج عليها اي يجعل مهرا لها في
نكاحها ولو قال جعلت تمام مهرك فيها الشفعة لانها عوض عن المهر او تخالع بها او تستاجر بها او
يصالح بها عن دم عمد اي جعلها بدل الخلع او اجرة بدل الصلح المذكور او يعتق عليها وقال الشافعي
يثبت الشفعة في هذه الاشياء وهو قول مالك ولهما ان هذه الاشياء متقومة في الشرع
فياخذ بقيمتها لتعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض لان التقوم حكم شرعي والمهر في الشرع
قيمة البضع وحيث تعذر على الشفيع الاخذ به لم يتعذر لجعل الشرع قيمة له وهو مهر المثل
وكذلك اذا جعلت الدار في مقابلة المنافع عندنا كالاعيان لما مر في الاجارة ولنا ان قيمة
الشيء هو القايم مقام ذلك الشيء لاتحادهما في المعنى الخاص والمقصود ولا اتحاد بين المال
وهذه الاشياء فلا يكون المال قيمة لها الا ان الشرع جعل ملك النكاح متقوما بالمهر لضرورة
تعظيم قدره كما يجيء بيانه وللمنافع قيمة في الاجارة لضرورة حاجة الناس اليها وكذا الدم وما ثبت بالضرورة
لضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة والعتق اذا ليس المالية فكيف تقوم
المال مقامه فلو تزوجها على دار على ان ترد الزوجة اليه الفا فالشفعة غير ثابتة عند ابي حنيفة رحمه الله
مطلقا لا في حصة الالف ولا في باقيها وقالا وجبت اي الشفعة في حصة الالف لانه مبادلة مال بمال
وما في حصة الصداق قدر فحالها وله ان ايجاب الشفعة في حصة الالف غير ممكن الا بالقسمة
ولا قسمة الا بعد ظهور تقوم البضع وانه غير متقوم في حق الشفعة ولان البيع مشروط
في النكاح والشرط تابع فيكون معنى المعاوضة تبعا للصداق فاذا لم تثبت الشفعة في الاصل لا تثبت

في البيع ولو صالح عنها اي عن الدار بانكار او سكوت لم تجب الشفعة اما في صورة الانكار فلان زعمه
ان الدار لم تزل عن ملكه واما في السكوت فلاحتمال ان ما اعطاه فداء يمين فلم يثبت المبادلة المالية
او صالح عن الدار باقرار تجب الشفعة لان الصلح بعد الاقرار يكون مبادلة او صالح عليها
اي على دار عن دعوى خصمه مطلقا سواء كان ذلك الصلح عن اقرار او سكوت او انكار وجبت
الشفعة لان زعم المدعي اخذها عوضا عن حقه فيؤاخذ بزعمه ولا تجب الشفعة بالارث والوصية
لان الملك الحاصل بكل منهما حاصل بغير عوض قال ائمتنا والشافعي رحمهم الله طردوه اي جعلوا ذلك
اي عدم وجوب الشفعة مطردا في الهبة التي لا تشترط فيها العوض وان عوض هنا بلا شرط في العقد
لان التعويض عنها تبرع ولا شفعة في التبرعات وقال مالك رحمه الله في الهبة الهبة التي عوض عنها
وان لم يكن مشروطا لانها تصير بمنزلة البيع لوجود مبادلة المال بالمال كما لو علمنا انه مبتدئ من
الجانبين لانه لم يشترط العوض في العقد الا بعوض مشروط في العقد لانه بمنزلة البيع لان العوض
يكون واجبا في العقد فيكون بيعا انتهاء ولا يثبت الشفعة للجار باقتسام الشركاء العقار
بقضاء او بغير قضاء لان في معنى القسمة الافراز وهو قبض عين حقه ولهذا يجري فيها الجبر على
القسمة بطلب احد الشركاء في المثليات والشفعة لا تجب الا في المبادلة المطلقة ولا يثبت
الشفعة برد المشتري المبيع بشرط او رؤية او عيب اي بسبب هذه الخيارات بقضاء اي
بقضاء القاضي سواء كان الرد قبل القبض او بعده بعد التسليم اي تسليم الجار الشفعة وقت الشراء
لان الرد فسخ من الاصل فان رد المشتري المبيع بعيب بعد القبض اي بعد قبض المشتري المبيع
بغير قضاء او تقايلا اي جعلا اقالة في المبيع وجبت الشفعة لان ذلك الفسخ عقد جديد في حق
الشفيع اذ لا ولاية لهما على غيرهما فيكون معاوضة مالية في حقه ولما بين وجوب الشفعة اراد
بيان اسبابها مسقطها فقال ولو استثنى ذراعا من المبيع مما يلي من الجانب الذي يلي الشفيع
امتنعت الشفعة لعدم اتصال الملك وكذا لو وهب ذلك المقدار بلا شرط العوض وسلمه اليه
ولو ابتاع سهما شائعا قليلا من العقار بثمن كثير بحيث لا يرغب فيه الجار للصلاح ثم ابتاع الباقي
تثبت الشفعة للجار في السهم الاول دون بيع الباقي لان مشتري سهم صار شريكا للبايع في الباقي
والشريك مقدم عليه وهذه الحيلة لدفع الجار عن الشفعة او ابتاع العقار الذي قيمته مائة
بثمن غال كالف مثلا ثم عوضه المشتري البايع عنه اي عن ذلك الثمن الغالي بثوب قيمته مائة
ثبتت الشفعة بالثمن لانه عوض عن العقار والتعويض بالثوب عقد آخر وهذه الحيلة تعم دفع الجار

في

والخليط والشريك في الحق الا انه اضرار عند الاستحقاق لانه باع الثوب من البايع بالف ووقع
المقاصة بينهما فاذا استحق العقار بطل ثمنه لكن بقي للمشتري على البايع ثمن الثوب وهو الالف لان
بيع الثوب صحيح فالاولى ان يباع الدراهم الثمن دنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا عائدا في ذمته
فاذا استحق العقار تبين انه لا دين على المشتري فيبطل الصرف لافتراق قبل القبض فيجب رد
الدنانير فلا يتضرر بها البايع وكره محمد رحمه الله الحيلة في اسقاط الشفعة لان ثبوتها يجب لدفع الضرر
الحيلة في اسقاطها يكون ابقاء لضرر الجار فيكون حراما وعند ابي يوسف رحمه الله لا يكره اسقاطها بعد الثبوت
وقبله وعند الحاكم ولمحمد رحمه الله لا يسقط الشفعة بالحيلة كذا في العيون وقال ابو يوسف لا يكره لانه منع نفسه
امتناع عن ثبوت الحق وهو مشروع قيد باسقاطها اذ الحيلة في ابطالها مكروه اجماعا كما
قال المشتري للشفيع بعدما ثبت حقه انا ابيعها منك بما اخذت وان بعد الثبوت لا يجوز بعد ما
كان او فاسقا وقال شمس الائمة الحيلة لابطال الشفعة لو كان قصد الدفع عن نفسه لان في اخذه
بغير رضاه ضررا عليه وان اراد الاضرار بالغير يكره فلا يعتبر وفي منية الفتاوى والاحتيال لاسقاط
الشفعة لم يكره لو كان الشفيع غير محتاج في المختار وعلى هذا حيلة الزكوة

فصل

في طلب الشفعة والخصومة فيها واذا علم الشفيع بالبيع اشهد بمجلس علمه على الطلب
وان لم يكن بحضرته من يشهد كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا استحلف
والطلب هنا الثلث طلب المواثبة وطلب الاشهاد وطلب التمليك اما طلب المواثبة وهو المراد
ههنا فقد اختلف العلماء في مقدار مدته ففي ظاهر الرواية وهو قول عامة العلماء يشترط
على قدر علمه بالشراء حتى لو سكت هنيهة بطل الا عند الكرخي ولمحمد في رواية وان اشار في قول الجمهور
ما لم يوجد دليل الترك وروى هشام عن محمد رحمه الله انه يتوقت بمجلس علمه وان طال بيانا كخيار وان
قام عن مجلس علمه بطل وهو اختيار الكرخي وفي قول ابن ابي ليلى والشافعي رحمهم الله يتوقت
بثلثة ايام وقال سفيان الى من يوم عن حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم تبطل والصحيح
ما ذكر في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها اي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة
فان اخبر بالبيع رجلان او رجل عدل وامرأتان ولم يطلب الشفعة بطلت في قول ابي حنيفة رحمه الله و
في قول صاحبيه لو اخبره صغير او كبير ذكر او انثى حر كان او عبدا ولم يطلب بطلت ثم بعد طلب
المواثبة يحتاج الى طلب الاشهاد لانه يحتاج الى ان يثبت طلبه عند القاضي ولو كان طلب المواثبة
عند الشهود لا يحتاج الى طلب الاشهاد واختلفوا في لفظ هذا الطلب قال بعضهم يقول طلبت

فان طلب في مجلس علمه

الشفعة وانا طالبها او اطلبها وعند بعضهم يقول اطلب الشفعة وآخذها ولا يقول طلبت واخذت
لانه كذب وقال بعضهم يقول طلبت واخذت كما يقول بعت واشتريت ولا يقول اطلب وآخذ لانه وعد
وقال بعضهم باي لفظ طلب بالماضي والمستقبل يصح وهو اختيار الفقيه ابي جعفر والشيخ الامام ابي بكر
محمد بن الفضل ولو قال كما سمع سبحان الله او قال الله اكبر او قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفعة
فهو على شفعته وكذلك لو قال بكم باعها او ممن باعها او ممن اشتراها او عطس فحمد الله فهذا القدر
من الكلام لا يبطل شفعته فهو على حقه للطلب لان شيئا منها لا يدل على الاعراض ثم يشهد
على البائع ان كان المبيع في يده لكونه خصما فيه ولا يصح على البائع اذا سلم الدار المشفوعة الى
المشتري لكون البائع اجنبيا فلا يكون الاخذ من المشتري استحقاقا على البائع ولهذا لا يرجع
اليه بالعهدة ونص محمد رحمه الله في الجامع الكبير انه يصح الاشهاد على البائع بعد تسليم المبيع استحسانا
او على المشتري سواء كان الدار في يده او لم يكن لان الاخذ بالشفعة استحقاق على المشتري فيصح
الاشهاد عليه او عند العقار لتعلق الحق به ولان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد المشهود له والمشهود
عليه والمشهود به ويسمى هذا طلب التقرير وصورته ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد كنت طلبت بالشفعة وانا طالبها الآن فاشهدوا على ذلك قال شيخ الاسلام لو علم البيع عند
احد هذه الثلثة فطلب واشهد عليه يكفيه ولا حاجة الى طلب الاشهاد ثانيا ومدة هذا الطلب تتقدر
بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على احد هذه الثلثة فان تمكن من احد هذه الثلثة ولم يطلب بطلت
شفعته كذا ذكره القاضي خان في شرح الجامع الصغير فان ترك الاقرب من هؤلاء فطلب الابعد
في مكان اخر بطل شفعته الا ان يكونوا في مصر استحسانا لانه مع تباعد اطرافه كمكان واحد وعن محمد
انها مقدرة بثلثة ايام وعن الشافعي رحمه الله الطلب في جميع عمره وتاخير الخصومة بلا عذر و
يسمى طلب التمليك بعد الاشهاد لا يسقطها اي الشفعة عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد رحمه الله
لان الحق متى تقرر لا يسقط الا باسقاط صاحبه بلسانه كما في ساير الحقوق وعليه الفتوى
ويسقطها ابو يوسف رحمه الله الشفعة بترك المحاكمة والمرافعة الى الحكام مع القدرة على ذلك
لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تاخير الطلبين الاولين وقدره محمد رحمه الله في رواية زمان
ترك المحاكمة بشهر لانه ادنى الاجال وما دونه عاجل كما يجيء في الايمان من غير عذر ولو كان
بمرض او سفر او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط اجماعا وفي الجامع الخاني
الفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وكذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير لتغير احوال الناس

في قصد الاضرار وفي رواية عنه قدره ثلثة ايام وفي رواية شهرا وثلثة ايام واذا ادعى الشفيع
الشراء اي شراء المشتري الدار المشفوعة وطلب الشفعة سأل القاضي المشتري بان يقول له الدار
التي يشفع بها الشفيع هل هي ملكه وانما احتيج الى هذا السؤال لان مجرد كونه في يده لا يستحق
فان اعترف المشتري بملكه الذي يشفع به ثبت كونه خصما باعترافه والا اي وان لم
يعترف به نحو كلفناه اي كلف القاضي الشفيع باقامة البينة على انه مالك لما يشفع به وقال زفر
يكون خصما بلا بينة لان ظاهر اليد دليل الملك ولهذا يجوز للشهود ان يشهدوا بالملك بهذه
اليد ولنا ان ظاهر الملك يصلح لدفع دعوى الغير لا للاستحقاق به فان عجز الشفيع عن البينة
استحلف المشتري ما يعلم به فيحلف بان يقول بالله ما اعلم ان الشفيع مالك لما يشفع به وانما يستحلف
على نفي العلم لانها يمين على فعل الغير هذا اذا قال المشتري ما اعلم ولو اعلم انه غير مملوك للشفيع يحلف
على البتات فان نكل المشتري عن اليمين او برهن الشفيع اي اقام البينة على مدعاه سأل
القاضي المشتري عن الشرى ليثبت كونه خصما فان اعترف به بعد دعوى الشفيع فان انكر المشتري
الشرى طولب الشفيع بالبينة على شرائه لانه هو المدعي فان عجز استحلف المشتري اي طلب الشفيع
لان اليمين حقه فلا يحلفه القاضي بدون طلبه ما ابتاع ويقول فيحلف بالله ما اشتريت الدار
المشفوعة وهذا يمين على السبب وهو قول ابي يوسف رحمه الله ان المدعي ادعى الشراء فينبغي
ان يستحلف على نفيه لان اليمين انما تجب بحسب الدعوى او ما يستحق عليه هذه الشفعة اي يحلف
فيحلف ما يستحق بهذه الشفعة علي وهذا يمين على الحاصل وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
لان في الاستحلاف على السبب اضرارا للمدعى عليه لجواز ان يكون قد فسخ العقد اذا استحلف
على الحاصل يكون رعاية لحقهما الا ان يدعي الشفعة على من لا يراها بالجوار ويستحلف على
السبب لانه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه فيفوت النظر في حق المدعي فان نكل
المشتري قضى بها اي بالشفعة ولا يلزم على الشفيع احضار الثمن الى مجلس القاضي وقت خصومة
الا بعد القضاء بها اي بالشفعة لان الثمن لا يجب عليه قبل القضاء فلا يجب احضاره والزمه محمد
الشفيع باحضار الثمن قبله اي قبل القضاء فلا يقضي القاضي بها قبل احضاره لاحتمال ان يكون الشفيع
مفلسا فتوى مال المشتري وهو رواية اي قول محمد رحمه الله رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وعند الشافعي
ينتظر ثلثة ايام وعند مالك ولعله يومين فان احضر فيها والا فسخ ولو قال ليس عندي الثمن او
احضره غدا او ما اشبه ذلك بطلت الشفعة وعند الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله لا ولو حكم القاضي

قبل احضار الثمن فللمشتري ان يحبس العقار حتى يدفع الثمن اليه لانه بمنزلة البايع والمشتري
واذا كان المبيع في يد البايع لم يسمع القاضي البينة اى بينة الشفيع ولم يقض له بالشفعة حتى
يحضر المشتري لان للبايع يدا وللمشتري ملكا فلا بد من اجتماعهما ولو قضى بها قبل احضار البايع
يكون قضاء على البايع الغايب ولو قبض المشتري لا يشترط حضرة البايع لان اليد والملك قد
اجتمعا في من قضاء للبايع اجنبيا فيفسخ البيع بحضرته اى حضرة المشتري ويقضي بها اى بالشفعة
ويجعل العهدة اى ضمان الثمن عند الاستحقاق من يد الشفيع على البايع اذا اخذ الشفيع الدار
من يد البايع لتحول الصفقة الى الشفيع لان اخذه منه يفسخ العقد الذي جرى بين البايع والمشتري
فيكون متملكا على البايع فكانه اشترى منه فيكون العهدة عليه لا على المشتري نفي لقول الشافعي
وهو قول مالك ولعله رحمه الله فانهم قالوا العهدة على المشتري لان العقد لا ينفسخ ويكون متملكا
على المشتري فيكون العهدة عليه كما اذا اخذها من يد المشتري ويرد الشفيع الدار المشفوعة بخيار
الرؤية والعيب لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لانه مبادلة المال بالمال مع شرط المشتري
البراءة من خيار العيب في العقد لان الخيار حق الشفيع فلا يسقط باسقاط المشتري
ومن اشترى لغيره وكالة كان خصما للشفيع لان الاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيرجع
الى الوكيل لانه هو العاقد الا اذا سلم اى بعد التسليم الى الموكل فيخرج عن كونه خصما لانه لا يد
ولا ملك له فيكون الخصم هو الموكل ولو قال المشتري لوكيل الشفيع قد سلم موكلك الشفيع
يأمر ابو يوسف رحمه الله بتأخير القضاء حتى يحضر الموكل فيحلف على انه لم يسلمها لانه لو قضى بها
في الحال ثم حضر الشفيع ونكل عن اليمين لزم نقض القضاء فيجب تأخيره صيانة له عن النقض
وامر به محمد رحمه الله بقضاء الشفعة للحال لان الحق لما ثبت عند القاضي وجب عليه الحكم بما
ظهر عنده فلا يؤخره لامر موهوم ولو باع من اشترى دارا او وهب من غيره ثم غاب فادعى
الشفيع على الحاضر المشتري الثاني او الموهوب له فانكر الحاضر فاراد الشفيع اقامة البينة
يجعله ابو يوسف الحاضر خصما ويقبل بينته لان الموهوب له او المشتري الثاني ذو اليد ويدعي
رقبة الدار لنفسه فيكون خصما لمن ينازعه كما لو صدقه في الدعوى لكن يؤخذ منه كفيل بالثمن
او يوضع الثمن عند عدل نظرا الى الغايب وقالا لا يكون خصما لان القضاء على الغايب قصدا لا يجوز
وفي جعله خصما ابطال الغايب فلا يجوز بخلاف ما اذا صدقه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى
عن نفسه اما البينة فحجة مطلقة يجوز بها القضاء على الغايب

فصل فيما يبطل به الشفعة

وما يبطل وما لا يبطل اما ما يبطل ففي عدة مواضع واشار بقوله ولو ترك الاشهاد او ترك طلب المواثبة مع
القدرة عليهما او صالح عن حق شفعته على عوض مالي كان او لا لانه حق ضعيف لا يصح الاعتياض
عنه فيجب عليه رد العوض لان حق التملك لا تعلق له في المحل وانما يظهر اثره في ضعفه وهو الاخذ بالشفعة
وعند مالك لا يبطل او باع ما يشفع به بيعا باتا قبل القضاء بها لزوال سبب الاستحقاق بالشفعة
مطلقا علم بشراء العقار او لم يعلم لانه بالبيع اسقط حقه في نفس الامر والاسقاط في نفس الامر
لا يتوقف على العلم كالطلاق وقال مالك في رواية لو باع قبل العلم لا يبطل شفعته وكذا لو سلم
بعد البيع لا يشترط العلم بالبيع لانه اسقاط بعد الوجوب فيستوي فيه العلم والجهل وكذا
لو سلم الشفعة في بعض لان تسليم الشفعة لا تتجزى فلا يملك الا ان يأخذ البعض دون البعض وكذا
لو قال للمشتري اعطني نصفها على ان اسلم لك النصف بطلت الشفعة في قول محمد رحمه الله لما قلنا
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا تبطل كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان او ساوم المشتري اي
طلب الشراء منه او استاجر منه الشفيع العقار من المشتري او اخذ مزارعة او معاملة منه لدلالة
على الاعراض مع علمه بالشراء اى شراء المشتري وانما شرط العلم بالشراء في هذه الاشياء
لان دلالتها على الاعراض ليست بصريحة فيتوقف على العلم ولو ساوم او استاجر او اخذ مزارعة
او معاملة وهو لا يعلم البيع لا يبطل شفعته او مات الشفيع قبل القضاء بها بطلت الشفعة
جواب لو ولو مات بعد القضاء لا تبطل لتأكدها بالقضاء ونحن لا نورثها اى الشفعة اذا مات الشفيع
بعد البيع قبل القضاء وقال الشافعي رحمه الله يورث الشفعة عن الشفيع لانه حق معتبر في الشرع
كالقصاص لكن يقسم بعدد الرؤوس والذكر والانثى فيه سواء كذا في شرح المنظومة ولا يكون
ذكر لان شفعتها على السهام ولنا ان الشفعة هي ولاية التملك وهي لا يبقى بعد موت صاحبها
بخلاف القصاص حتى صح الاعتياض عنه والعين المملوكة يبقى بعد موت المالك ولو باع
حق الشفعة من انسان لا يكون تسليما لها لان البيع لم يصادف محلها او لو قال الاجنبي للشفيع
سلم حق الشفعة للمشتري فقال سلمت كان صحيحا استحسانا فكانه قال سلمتها للمشتري لحرمتك
كذا في المحيط وان مات المشتري او البايع لا تبطل الشفعة لان سبب الاستحقاق قايم حتى
لا يباع في دين المشتري لان حق الشفيع تقدم على المشتري ولو بيع فللشفيع نقضه وان
باع القاضي ولا الشفعة لوكيل البايع لو كان شفيعا لان البايع لو كان شفيعا لم يكن له الاخذ
بالشفعة لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة فكذا الوكيل القايم مقامه ولانه

سعى في نقض فعله وهو البيع وكذا اذا كان له الخيار فامضاه وقالوا لو ادرك ان كان شفيعا
لان ضمان الدرك تقرير للبيع ففي الاخذ بالشفعة ابطاله فكره بخلاف وكيل المشتري فان له الشفعة
فانه لا ينقض فعله لانه سعى في ازالة ملك البايع ولانه لو كان المشتري شفيعا لا يبطل شفعته
بمباشرة البيع فله ان يشارك ساير الشفعاء ان لم يتقدموا عليه لان الاخذ بالشفعة تملك
كالشراء فكذا وكيله ولو باع المريض دارا في مرض الموت من وارثه بمثل القيمة او اكثر وله شفيع
من وارث او اجنبي فالبيع والشفعة باطلان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه وشفعته
مطلقا وعلى هذا الخلاف اذا باع الوصي مال الميت من الوارث لهما ان حق الورثة يتعلق بمالية اموال
لا باعيانها ولهذا جاز للوارث استيفاء لها ايسا بها في المالية من غير رضاء الورثة وبهذا البيع لم
ينتقض ماليتها فلم تنفع تصرفه ملاقيا لحق الورثة وله ان الوصية لوارث لا يجوز لان فيها
ايثار بعض الورثة على البعض فيؤدي ذلك الى العداوة عرفا والبيع للوارث كالوصية لان فيه عين
بعض المال فقد يكون لبعض ولحمن ماليته فاذا لم يصح البيع لم يصح الشفعة لابتنائها عليه الا
ان يجيز بقية الورثة لانهم رضوا بسقوط حقهم فيجوز البيع والشفعة اجماعا ولو باع
المريض من الوارث باقل من قيمتها كما لو باع داره بالف منه وقيمته ثلثة الاف ثم مات
ولا مال له غيره فلا شفعة فيه للشفيع بالاجماع سواء كان وارثا او اجنبيا اما عنده لعدم
نفاذ البيع واما عندهما فلانه اما ان ياخذه بمثل الثمن او بالقيمة لا سبيل الى الاول لانها لم
يسلم له المشفوع بما سلم للمشتري ولا سبيل الى الثاني لان الاخذ بالشفعة لم يشرع بالقيمة ولهذا
لم يجب في الهبة ولان هذا البيع يتضمن المحاباة التي زادت على الثلث وهي وصية والوصية للوارث
لا يجوز فلا يجوز الشفعة في هذه الصورة وان اجازت الورثة لانها تعمل في العقد الموقوف
دون الحق الثابت كذا في تلخيص الجامع ولو باعها بالفين وحط الف واجازت الورثة هذه
المحاباة فالبيع جائز بالاجماع فسلمت الدار للمشتري بالفين فجاز للشفيع اخذه بالفين عندهم
كذا ذكره المص في شرحه وعندهما اذا بلغ المشتري الثمن الى تمام القيمة صح يجوز البيع والشفعة
كما اذا اشترى الوارث بمثل القيمة عندهما ولو باعها المريض دارا من اجنبي بالمثل اي بمثل
القيمة وشفيعها وارث فبيعها جائز اتفاقا فشفعة الوارث باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان
تلك الصفقة تنتقل الى الوارث فيصير كانه باعها من وارثه وذا غير جائز وقالا يجوز له
الشفعة لان هذا البيع جائز عندهما كما سبق ولو كان الشفيع اجنبيا فالشفعة جائزة

اجماعا الخالي عن المفسد او باع المريض دارا من اجنبي باقل من قيمتها بان باعها بالف
وقيمتها ثلثة الاف ولا مال له غيرها وانما قيدنا به لان المحاباة اكثر من الثلث فلا يجوز
البيع ما لم يبلغ الثمن الى ثلثي القيمة او باجازة الورثة او رفع المحاباة كذا في تلخيص الجامع
ولو كان له مال غير المبيع يجوز لان يبلغ ثلث المجموع الى المحاباة فظهر فايدة هذا القيد
في كلام المص وما نقل من الخلاف هنا لا نسلم فهو رواية غير معتد بها فلا شفعة له اي للشفيع
الوارث اتفاقا مما ذكر من اصل ابي حنيفة رحمه الله لان تلك الصفقة ينتقل بالشفعة الى الوارث
فيصير كانه باعها بنفسه وذا غير جائز عنده وعلى اصلهما ايضا لانه اما ان ياخذه بمثل الثمن
او بقيمة الدار لا سبيل الى الاول لانها تسلم للمشتري الا بالقيمة بالاجماع والشفيع انما يسلم
المشفوع بما يسلم به للمشتري فيكون المحاباة في حقه وصية فلا سبيل الى الثاني لان الاخذ
بالشفعة لم يشرع بقيمة المبيع ولهذا لم يجب في الهبة وانما شرعت بما يقوم به المشفوع على
المشتري او بالثمن المسمى في العقد حتى لو خير المشتري الوارث بين ان يفسخ البيع او
يؤدي الى ان يدفع ثلثة الاف فان اختار دفعها فللشفيع الاخذ بثلثة الاف عندهما
لتقومها بذلك ولو اجازت الورثة هذه المحاباة فسلمت الدار للمشتري جاز للشفيع
اخذها بالف اجماعا ولا يجوز الشفعة بالاجازة لانها انما يعمل في العقد الموقوف لا في
الحق الثابت كما مر هذا ما ذكره في الجامع في كتاب الشفعة واشار اليه بقوله في الاصح
واحترز به عما ذكر في الوصايا في المبسوط حيث قال وعندهما يجوز اخذ الشفيع
بمثل القيمة لان الشفيع متى اخذها بالشفعة صار شراء المشتري واقعا للشفيع
من وجه فصار كانه اشتراها بنفسه وفيه محاباة ولو كان كذلك لا يبطل حقه عن عين الدار
فاذا بلغ الثمن الى تمام القيمة صح البيع عندهما ويكون ما فضل من الثمن لورثة البايع والاصل
في هذه المسائل ان الوصية للوارث لا يجوز وان اقل من الثلث الا بالاجازة وللاجنبي يجوز
لو كان بمقدار الثلث او ما دونه وبالاكثر بالاجازة فان تضمن ذلك ايصال النفع الى الوارث
فان كان مضافا الى فعل المريض على وجه لا يتخلل بينهما فعل اختياري يحجر عنه وان لم يتخلل
فيجوز وان جعل شرط الحصول نفع الى الوارث فيجوز ايضا مثال الاول اذا كان للمريض
على الاجنبي دين والوارث كفيل عنه فابرا المريض الغريم المديون الذي لا يخرج من الثلث
لا يصح ولو كان يخرج من الثلث يصح ومثال الثاني اذا وهب المريض شيئا من ثلث ماله ثم وهب

الاجنبى فكذا الشئ صح لانه لا يضاف الى فعل الوارث فالبيع من الوارث باقل القيمة
لا يجوز ومن الاجنبى يجوز واخذ الوارث بالشفعة من الاجنبى لا يجوز لانه من قبيل
الاول لانه شراء من المورث حكما لان حق الشفعة مضاف الى زوال ملك البايع لا الى
ثبوت ملك المشترى واذا اخبر انها اى الدار بيعت بالف او اخبر ان المشترى من فلان فسلم
الشفيع الشراء ثم علم انه غيره اى المشترى غير فلان او ان البيع باقل من الف وكان البيع
بمكيل او موزون كان قيمته الف او اكثر لم تبطل الشفعة لان تسليمه حين سمع الالف كان لاستكثاره
وانما ظهر ان الثمن اقل منه فله الاخذ والاصل فيه ان الغرض فى الشفعة تختلف باختلاف قدر
الثمن وجنسه وباختلاف المشترى فاذا سلم الشفعة فى بعض ثم تبين خلافه بقيت الشفعة
بحالها لان التسليم لم يصادف محله الوجه الصحيح لان الاسقاط عند كثرة الثمن لا تدل على الاسقاط
عند قلته بخلاف ما اذا تبين انها بيعت باكثر حيث تسقط لان التسليم للاستكثار واذا كان
اكثر كان اشد رغبة بالتسليم قالوا تاويل هذا اذا كان النصف مثل ثمن الكل اما اذا اخبر ان الكل
بالف فسلم ثم علم انه كان اشترى النصف بخمسمائة لا تبطل لانه عسى لا يجد ثمن الكل ووجد النصف
وفى المحيط هذا اذا كان التفاوت فى الثمن ولو كان فى المبيع فسقط كما اذا سمع انه بيع بعضها
بالف بطلت شفعته لان من رغب عن شرى الكل وليس فيه عيب الشركة كان ارغب عن شرى النصف
وفيه عيب الشركة ولو كان بالعكس لا تبطل لان الرغبة عن شرى النصف المعيب لا يكون
رغبة عن الكل السليم وكذا تسليمه حين سمع ان المشترى فلان كان فرضاه بجواريته
لا يدل على اسقاطها لاختلاف الغرض فقد يحب مجاورة شخص فيسلم ولا يحب مجاورة غيره
فيسلم مجاورته وقال ابن محمد رحمه الله فى قول يسقط شفعته كذا فى العيون وكذا لو تبين انها
بيعت بكيلى او موزون او معدود يتفاوت فالشفعة ثابتة لجواز ان التسليم عند الاخبار بالف
كان للعجز عن الالف فسلمها فاذا علم ان الثمن هو المكيل او الموزون او معدود متفاوت وهو قادر
عليها فتسليمها بالالف لا يدل على الاسقاط مطلقا وعند ذلك لا يعتبر القيمة لان الواجب
المكيل او الموزون لا القيمة لانهما من المثليات وكذا لو اخبر انه باعها بحنطة فسلم ثم علم انه باعها
بشعير او بشئ آخر مما يكال او يوزن كان على شفعته لانه قد يتيسر عليه صنف دون صنف آخر
او اخبر انها بيعت بالف درهم ثم ظهر انها بيعت بما تمن الدنانير التى قيمتها الف درهم حتى ابطلناه
اى حق شفعته وجعلنا تسليمه اذ قال زفر وهو القياس على شفعته وهو قول الشافعى ومالك لاختلاف الجنس

لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان ولهذا لو اكره على احدهما فاقر بالآخر كان مختارا فلا
يكون التسليم باحدهما تسليما فى الآخر ولنا انهما كالجنس الواحد ولهذا يضم احدهما الى الآخر
وكلاهما ثمن فيكون الاختلاف راجعا الى القدر دون الجنس او ظهر انها بيعت بعرض
غير مثلى بل قيمى بطلت شفعته وصح تسليمه لان الواجب فى القيمى القيمة فلم يظهر فيه اختلاف
الجنس او قيمة العرض اقل من الالف لم تبطل شفعته لان تسليمه ح يكون لاستكثاره
الالف ولا يجعل ابو يوسف رحمه الله قوله اى قول الشفيع اخذ نصفها اى نصف الدار تسليما
فى النصف الآخر لان طلب بعض الحق لا يكون رضا بسقوط الباقى عرفا وعادة وخالفه محمد رحمه الله
اى ابا يوسف رحمه الله فى قوله هذا وقال يكون تسليما فى الكل لانه لما سلم فى البعض صار مسلما فى الكل
لان حق الشفعة غير متجزى والصحيح قول ابى يوسف رحمه الله كذا فى المحيط وابطل محمد رحمه الله تسليم
الاب والوصى شفعة الصبى فيما اذا بيعت دار لحق الشفعة بمثل قيمتها فله اى للصبى ان ياخذها
بعد البلوغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله كالعفو عن القصاص وقال صح تسليمهما اى
فلا ياخذها الصبى بعد البلوغ لان حق الشفعة انما يملك بالثمن فصار فى معنى البيع ويملكان
الامتناع عنه بخلاف العفو عن القصاص لانه تبرع وهما لا يملكان وعلى هذا الخلاف لو ابلغ
خبر بيع الدار بجوار دار الصبى فلم يطلبها حتى بلغ الصبى وثبتت الشفعة للطفل بداره التى
ورثها من وارثه فان وضعت لاقل من ستة اشهر منذ البيع فله الشفعة والا فلا ولو لم يكن
ولى توقف على بلوغه اتفاقا لان ان شاء طلب وان شاء لم لعقود عليه السلام للشفيع لو كان
غايبا وكذا لو كان عاجزا كذا فى المحيط ولو بيعت الدار التى شفيعها صبى بثمن يسير
اى باقل من قيمتها بغبن يسير فتسليمه اى تسليم كل من الاب والوصى صحيح عند ابى حنيفة رحمه الله
وهو قول ابى يوسف رحمه الله لانه امتناع عن ادخاله فى ملك الصغير حتى لو باع رجل
من الصبى وقال بعت هذا من الصبى كذا كان للاب والوصى ان لا يقبلاه اذ ربما يكون النظر
فى ابقاء الثمن وبجوز بيع مال اليتيم بغبن يسير لا بغاحش كذا فى الفصولين فابطله محمد رحمه الله
التسليم وهو قول زفر وان فيه ترك ولد رحمهم الله كذا فى العيون لان فيه ترك النظر للصغير
وفيه اشارة الى انه لو باعها بما لا يتغابن الناس فى مثله يجوز التسليم اتفاقا فلو اشتراها
اى الاب دارا لابنه الصغير حتى اجزنا له اخذها اى للاب اخذ الدار بالشفعة قبل البلوغ
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان فيه كون الشخص طالبا ومطالبا وهو ممتنع لنا ان ولاية قامت

مقام شخصين ولهذا جاز له ان يشتري من مال الصغير وفيه اشارة الى ان الشفعة بعد
البلوغ جايزة اتفاقا وكذا لو باع ملك نفسه ليس له الشفعة لابنه لان البايع لا شفعة له
اذا بلغ اتفاقا والى انه لا يجوز للوصي ان يشتري مال اليتيم والى انه لو اشترى الاب لنفسه
والصبي شفيعها لا شفعة له اتفاقا ونحن منعنا من اخذ احدي الدارين بيعتا في مصرين
بصفقة واحدة لما كان شفيعهما واحدا وقال زفر رحمه الله له ذلك لان تفرق المكان كتفرق
الصفقة ولا ضرر على المشتري في اخذ احديهما فقط ولنا ان في اخذ احديهما دون الاخرى تفريق
الصفقة على المشتري فلا يجوز وكذا الخلاف في الارضين او القريتين وفيه اشارة الى
انه لو بيعتا لدارين في مصر واحد فقوله كقولنا كذا في الحقايق وكذا لو بيعتا بصفقتين
كان له ان ياخذ ايتهما شاء وكذا لو كان شفيعا لاحديهما فقط ياخذها كان شفيعا لهما
اتفاقا لان الصفقة وان اتحدت فقد اشتملت على ما تثبت فيه الشفعة وعلى ما لا تثبت
فاختص الشفعة بالدار المجاورة كذا في المصفى ولو اشترى رجل دارا من اثنين نحو تمنع
اي الشفيع من اخذ نصيب احدهما وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك وهو رواية عن مالك رحمه الله
قياسا منه للمسئلة على هذه ولو باع من اثنين جاز له ان ياخذ نصيب احدهما اتفاقا
لوقوع العقد متفرقا في حق المشتري ولنا ان الجار في الاولى واحد فرضا في جوار المشتري
في نصيب احدهما يكون رضا في الاخر لان جوار الواحد لا يتجزى واما في الثانية فالجار اثنان
فله ان يرضي باخذهما دون الاخر فافترقا **فصل** وبناء المشتري على الدار المشتراة
شراء فاسدا وفيه اشارة الى انه لو تصرف المشتري لا ينقطع حق الشفيع لان حق الشفيع
سابق على التصرف فلا ينقطع بالبناء هذا ما ذكر في ظاهر الرواية وروى المحسن عن ابي
حنيفة رحمه الله وهو ما ذكر ههنا لا ينقض المسجد وبطلت شفعته وبه قال ابن ابي ليلى
وكذا القول لو جعل مقبرة كذا في مجمع الفتاوى وفي البزازية ومنية الفتاوى لو جعل المشتري
مسجدا او مقبرة او رباطا كان للشفيع ان يبطل ذلك وله نبش القبر ورفع الميت لان حق
الشفيع سابق على حق المشتري واتخاذه اي المشتري الدار بذلك مسجدا قاطع لحق البايع
عنها في الفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري قيمتها وللشفيع الاخذ بالقيمة اي قيمة البناء
فقط ويدع ما بناه المشتري وله اي المشتري ان شاء اخذ ذلك بالقيمة ايضا في الاولى عنده وقالا لا
ينقطع عنها حق البايع في المسئلتين فليس اخذه وفي الثانية ليس له الاخذ اتفاقا اما عندهما

فلعدم انقطاع حق البايع عنها في المسئلتين بل يسترد وينقض ما بناه المشتري لان هذا
التصرف لا يسقط حق البايع كما لا يسقط حق المالك لما وجد في المغصوب فلا يجب الشفعة
لان بناءه زوال ملك البايع لان حقه اقوى من حق الشفيع ولهذا يسقط حقه بالتاخير دون
حق البايع ولا يملك اثبات يده بدون التراضي او قضاء القاضي وحق البايع لا يسقط
بالتاخير ويملك اثبات يده بدونهما وبيع صفقة لا يبطل بناء المشتري فلان حق البايع
مع قوته اولى ان لا يبطل وكذا في اتخاذه مسجدا لان الله تعالى لا تقبل الطاعة بالمعصية
لكون الفسخ واجبا عليه ومن المبين ان ترك الواجب معصية فاذا لم يقبل الله تعالى الطاعة
منه نزل منزلة من وهب لاخر شيئا وهو لا يقبله واما عنده فلان المشتري لما ملكها بالقبض
الحاصل بالتسليط من البايع وبنى عليها قصد به الدوام فانقطع به حقه كما لو باعها المشتري من
غيره بخلاف الشفيع فانه لم يسلط على القبض والبناء فلا يبطل حقه ولهذا لا يبطل حقه ببيعها ولا
بهبتها او تسليمها ولان المشتري لما ملكها بالقبض واتخذه مسجدا فقد جعلها خالصا لله تعالى بما هو
مملوك له وبالصلوة فيها يقوى القبض ويتاكد زوال ملكه الى الله تعالى فانقطع حق البايع كما لو
كان المبيع عبدا فقبضه واعتقه واعلم ان الخلاف بينه وبين صاحبيه راجع الى انه هل ينقطع
حق البايع ببناء المشتري شراء فاسدا واتخاذه مسجدا لله تعالى ام لا فعنده ينقطع وعندهما لا
والنزاع باي شيء يكون مسجدا انما هو كفر لا تعلق له بهذا الخلاف ولو اخرجها المشتري بالشراء الفاسد
عن ملكه بالهبة او بجعلها مهرا او بالبيع من اخر فللشفيع ان ينقض تصرفه وياخذها بالقيمة عنده
فان اخذها بالبيع الثاني اخذها بالثمن لان البيع الثاني ولو تصرف المشتري في الدار المشتراة قبل
اخذ الشفيع بان وهبها او تصدق او اجرها او جعلها مسجدا او صلى فيها او وقفها مسجدا او
جعلها مقبرة ودفن فيها فللشفيع ان ياخذ وينقض تصرف المشتري لان حق الشفيع سابق
على حق المشتري ولو باعها المشتري من غيره فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالبيع الاول وان شاء
اخذها بالبيع الثاني كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو ابنى المشتري بالشراء الصحيح
في الدار او غرس في الارض ثم قضى القاضي بها اي بالشفعة للشفيع اخذ الشفيع المبيع بالثمن
والبناء والغرس بقيمتهما مقلوعا وهو قول الشافعي ومالك والحسن رحمهم الله فقط ولا يكلفوا بالقلع
او كلف الشفيع المشتري قلعهما اي قلع بنائه وغرسه عندهم جميعا الا في رواية ابن زياد
عن ابي يوسف رحمه الله بتخيير الشفيع باي الاخذ بذلك الثمن والبناء والغرس بقيمتهما قايمين

او الترك اى ترك الاخذ بالقلع كما لو بنى الموهوب له فى الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع بنائه
ويرجع الارض لانه بناء فى الارض ولهما ان هذا التصرف وقع فى حق الغير من غير تسليط من
جهته فله ان ينقضه كالراهن اذا بنى فى المرهون ولان الشفيع استحق بسبب سابق على حق
المشترى فينقضه كما فى الاستحقاق ولهذا ينقض جميع تصرفاته بخلاف ما استشهد به لان التصرف فى
فيه حصل التسليط من جهة من له الحق واما الزرع فالقياس ان يقلعه لكن استحسنوا ان يبقى فى
الارض بالاجرة لان له نهاية ولا ضرر فيه وفى المحيط ان الزرع يترك باجر وان اخذه بالقيمة
فقيمته مقلوعا ولو بنى الشفيع فى دار المشفوعة او غرس فى الارض المشفوعة ثم استحقت
رجع بالثمن الشفيع على من اخذ من البايع او المشترى اتفاقا لانه تبين انه اخذه بغير حق
لا يرجع بقيمتهما اى بقيمة البناء والغرس على من اخذ من البايع والمشترى لان الشفيع
مع من اخذه كالمشترى المغرور من جهة البايع لانه اخذه من حكم الشرع ولهما الفرق
بان المشترى كان مغرورا من جهة البايع ومسلط التصرف فى المبيع والشفيع غير مغرور
لانه متملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع على احد فخير الشفيع بين
الاخذ اى اخذ العرض بجميع الثمن او الترك لو اصابت المبيع آفة سماوية كما لو كان دارا
فانهدم بناؤها او جفت النخل لان البناء تابع للعرصة حتى يدخل فى بيعها من غير ذكر فالثمن
لا يقابل التابع ما لم يكن مقصودا وهذا اذا انهدم البناء بالكلية ولم يبق منه شيء ولو بقي منه شيء
واخذه المشترى لانفصاله من الارض جنب لم يكن تبعا لها من سقوط بعض الثمن لانه مال
قايم بقي محتبسا عند المشترى يكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد
وعلى قيمة النقض يوم الاخذ وان نقضها المشترى الدار تخير الشفيع بين اخذ العرصة
بالحصة من الثمن او الترك لان التابع صار مقصودا بالاتلاف فقابله شيء من الثمن فيأخذ
العرصة بقيمتها يوم العقد ويقوم النقض مبنيا ويقسم الثمن عليهما فما اصاب النقض سقط
عن الشفيع وما اصاب العرصة اخذ بذلك فلا يأخذ الشفيع النقض بكسر النون وهو المنقوض
لانه صار منقولا ولم يبق التبعية فلا شفعة فى المنقول ويأخذ الشفيع ثمر النخل مع الارض
لو ذكر الثمر فى البيع اما اذا لم يذكر فالقياس ان لا يدخل الثمر فى البيع لاتصاله بالشجر وفى
الاستحسان لا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر لقوله عليه السلام من باع نخلا مؤبرة فثمرها
للبايع الا ان يشترط المبتاع ولانها ينفصل ولا يبقى زمانا فصار اصلا من هذا الوجه

فلا يدخل فى البيع من غير ذكر فاذا ذكر فى البيع ثم حضر الشفيع لو كان الثمر على النخل اخذ الكل
بجميع الثمن لانه ما دام متصلا كان تبعا للارض فكان فى حكم الارض وان حدث الثمر عند المشترى
ولم يكن موجودا عند البيع بالشجر لانه متصل للوصل فللشفيع اخذه بالثمر ايضا لان البيع
سرى اليه فكان تبعا للنخل لكونه بمنزلة الاغصان منه بخلاف ما كان موجودا وقت العقد
ولم يذكر فى البيع لعدم دخوله فيه بدون ذكره فيبقى على ملك البايع فلو جذ المشترى الثمر وقطعه
سقط حصتها اى حصة الثمر من الثمن فى غير الحالة بعد البيع اى سقط حصة الثمر التى كانت
موجودة عند البايع وذكرت فى البيع لان شيئا من الثمن قابلها لكونها مبيعة ولو كانت حادثة
عند المشترى فى حكمها يأخذ الارض والثمر بجميع الثمن فلا يقابلها شيء من الثمن ولو انهدم علو فبيع
السفل لا يوجبها ابو يوسف رحمه الله الشفعة للعالى اى لصاحب العلو بل يكون الشفعة لمن
يجاور السفل وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال الشفعة للعالى اى لصاحب العلو
ولو بيعت منضمة الى جانبها اى عرصة السفل فطلبا ها اى صاحب العلو وصاحب
السفل الشفعة فانهدم العلو والسفل قبل الاخذ يعينها ابو يوسف رحمه الله الشفعة
للسفل اى لصاحب السفل لان حق الشفعة زال بانعدام العلو لا لهما نفى لقول محمد رحمه الله
فانه قال الشفعة لهما لان الامر لو رفع الى القاضى يأمر بناء السفل ليبنى عليه علوه فاذا
كان حقه قايما استحق الشفعة فى السفل والدار المجاورة ولو بنى السفل صاحب العلو
لا يكون متبرعا فعلى صاحب السفل يعطيه قيمته لانه كان مضطرا فى البناء لاحياء حقه
فصار ماذونا شرعا ولو بنى احد الشريكين حماما منهدما لم يرجع على شريكه بشيء لانه غير
مضطر فى البناء فانه يمكنه ان يرجع الامر الى القاضى حتى يقسم الساحة والتحقيق ان الاضطرار
يثبت فيما لا يجبر صاحبه فيدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه ففيما لا يجبر شريكه
وفاقا وفيما يجبر بالتبرع ينبغى ان يحكم بالتبرع لو فعل بلا امر فصل فى الاختلاف
وما يأخذ به الشفيع ولو قال المشترى اشتريت البناء والارض فى صفقتين فاشتريت
البناء اولا ثم اشتريت الارض بدون البناء وقال الشفيع اشتريتهما معا فى صفقة واحدة
ولم يكن لهما بينة كان القول للشفيع اتفاقا لان حق الشفعة قايم والمشترى يدعى ابطاله
بادعاء الصفقتين والشفيع ينكر فيكون القول مع يمينه على العلم لانه حلف على فعل
الغير فان برهنا اى اقام كل واحد منهما على ما ادعاه ولا تاريخ يرجح ابو يوسف رحمه الله

بينة المشتري لانها اثبتت امرا زايدا على الشراء وهو تفرق الصفقة فكانت اولى لا الشفعة
نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال بينة الشفيع اولى لان بينته يثبت زيادة في الاستحقاق فكانت
اولى ولو اختلفا اي المشتري والشفيع في الثمن كان القول للمشتري مع اليمين لان الشفيع
يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الثمن والمشتري ينكر ولو قال الشفيع طلبت كما علمت وقال
المشتري لا بل اخرت الطلب فالقول قول الشفيع ولو قال الشفيع علمت يوم كذا او زمان كذا
وطلبت وقال المشتري لم يطلب فالقول للمشتري ولو قال المشتري اشتريتا الارض والبايع
وهبا لي البناء وقال الشفيع اشتريتهما فالقول للمشتري كذا في البزازية ولو ادعى المشتري ثمنا
والبايع يدعي اقل منه ولم يقبض البايع الثمن اخذ الشفيع بقول البايع وجعل قول البايع
حطا عن المشتري من الثمن فان قبض البايع الثمن بقول المشتري اي اخذ الشفيع بقوله لان
البايع صار كالاجنبي فلا يلتفت الى قوله فبقي الخلاف بين المشتري والشفيع وقد سبق
بيانه ولو حط البايع عن المشتري بعض الثمن يحط او يسقط عن الشفيع وقال زفر
وهو قول مالك والشافعي رحمهم الله لا يسقط وعلى الشفيع الثمن المسمى وهذا الخلاف فرع الخلاف
في ان الحط عنده لا يلتحق باصل العقد بل هو هبة اخرى للمشتري وعندنا يلحق باصل العقد
وعند الكل رحمهم الله فيما جرت العادة بحطه او حط الكل اي كل الثمن لم يسقط ولا يلحق ذلك
باصل العقد اتفاقا والا صار بيعا بلا ثمن وانه باطل او زاد المشتري فيه اي في الثمن
لم يلزم الشفيع فياخذه بالثمن الاول لان في اعتبار الزيادة اضرارا للشفيع وكذا
التولية والمرابحة ثم ظهر خلافه ولو كان الثمن عرضا او عقارا اخذ الشفيع بالقيمة اي بقيمة
الثمن ولو وجد البايع في الثمن العرض عيبا فرضي به ياخذ الشفيع بقيمته سليما او الثمن مكيلا
او موزونا فبالمثل اي ياخذه بمثله كما في الاتلاف او كان الثمن مؤجلا فان شاء الشفيع
صبر الى انقضاء الاجل ثم ياخذه وهذا الانتظار ليس في طلب الشفعة لانه على الفور كما مر
والاداء وان لم يشاء الصبر اخذ الشفيع بثمن حال لكن البايع يرجع على المشتري بالثمن
المؤجل لان شرط التاجيل بينهما لم يبطل ولو استحق الثمن بعد اخذ الشفيع ينظر ان اخذه
بالقضاء يرد المشفوعة على البايع لانه تبين انه لم يكن له حق الشفعة لكون الشراء وقعا
لغا لا ينتقل قضاؤه بالملك لو وقع خطاء وان كان اخذه بغير قضاء لا يرد قيمتها للبايع
لانه وجد التراضي بالتملك والتمليك فجعل بيعا مستانفا كما في المحيط وايضا وان قطع بينهم لسـ

في القول الحادث شفعة الشفيع منه اي لا اخذ مع التاجيل بثمن مؤجل وقال مالك وهو قول زفر لا يبيعه
ولمحمد والشافعي رحمهم الله في القديم لان الشفيع ياخذه بما كان على المشتري في اصله ووصفه فياخذه
بوصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل ليس بوصف الثمن ولهذا لا يثبت بلا شرط ولا شرط من التزمه
بين الشفيع والبايع او ان كان الثمن خمرا او خنزيرا وهما اي البايع والمشتري ذميان
فبالمثل فيها اي في الخمر لانها من ذوات الامثال عندهما وبالقيمة فيه اي في الخنزير لانه من ذوات
القيم او الشفيع مسلم وهو معطوف على ما قدرنا فبالقيمة فيهما اي ياخذ الشفيع المسلم بقيمة
الخمر والخنزير في المسئلتين وقال احمد لا شفعة ما بين المسلم والذمي

كتاب الشركة

وهي في اللغة النصيب قال عليه السلام من اعتق شركا في عبد اي نصيبا وقال النابغة و
شاركنا قريشا في تقاها * وفي احسابها شرك العنان * اي اخذنا نصيبا من التقى والحسب
مثل نصيب قريش منهما كشركة العنان لكل واحد منهما نصيب من المال والمكسب وسمي الشريكان
لان لكل واحد منهما شركا من المال اي نصيبا وفي الشرع اختلاط النصيبين فصاعدا
بحيث لا يتميز فيه ثم تطلق على العقد لانه سبب الاختلاط وثبت جوازه
ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفع عنهما وقال عليه السلام ان يد الله
على الشريكين ما لم يخونا فاذا خان نجست البركة بينهما وكان قيس بن السايب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم
في تجارة البز والادم وذكر الكرخي ان السايب بن ابي السايب شريك قال عليه السلام انه كان شريكي
وكان خير شريك لا يشاري ولا يماري ولا يداري اي لا يلج ولا يجادل ولا يدافع عن
الحق وبعث عليه السلام والناس يتعاملونها فلم ينكر عليهم ويتعاملون الى يومنا هذا من غير
نكير فكان اجماعا ويكون الشركة على نوعين شركة الملك وشركة عقود فاذا ورثا عينا
او اشترياه او اتهباه اي قبلا هبة رجل عينا او استوليا عليها اي ملكا بالاستيلاء
او اختلطا مالاهما بحيث يعسر التمييز كخلط البر بالشعير كانت شركة ملك وفي ذكر
العسر اشارة الى انه لو تعذر التمييز بينهما تكون بطريق الاولى وتجيز لكل منهما في هذه الشركة
بيع حصته من شريكه ومن غيره باذنه الا في الخلط والاختلاط بغير الاختيار وانما استثنى
هذين الصورتين لانه اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط والاختلاط فكل حبة يشار اليها
ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها يكون لا محالة لاحدهما من غير اشتراك فيها
فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لا جزءا ولا كلا لان كل حبة

او خلطا ما

بار... فقال انت... شريكي... ونعم ... وتجارة البز ... تجوز التصرف في حصة الشريك ... الامانة

ليست بمشترك بينهما فيتوقف جعله بيعا من الاجنبي الى اذن شريكه اما اذا كان بيعه من صاحبه
فيمكنه التسليم فيجوز او نقول خلط الجنس بالجنس بصفة التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط
الى الخالط ولما حصل بغير تعد حصل سبب لزواله من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد
منهما زايلا الى الشريك في حق الاجنبي ح لايجوز الا برضاء الشريك غير زايل في حق البيع من الشريك
عملا بالشبهين هذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع
الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي فلم يجز بيع نصيبه من الاجنبي
الا برضاء شريكه على انه غير مقدور التسليم بسبب عدم الامتياز بين ملكه وملك شريكه
بخلاف بيع المشاع فانه ملك شرعي يمكن تسليمه بواسطة القسمة وهي بعد افرازا والما هنا
فهي بمعنى المبادلة ولا يتصرف احد الشريكين في نصيب صاحبه الا باذنه لانه كالاجنبي فيه
والما عقدا انما اي الشركة بالايجاب بان يقول شاركتك في كذا والقبول بان يقول قبلت
لا بد منهما لكونهما ركنين وموجبها ان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فيما يقبل الوكالة
ليكون كل واحد منهما في الشراء والعمل اصيلا في نصفه ووكيلا عن صاحبه في النصف الآخر
فيكون المشترى مشتركا بينهما وفيه اشارة الى انه لا يجوز الشركة في مثل الاحتطاب والاحتشاش
وغيرهما مما لا يجوز كما يجيء لعدم جواز التوكيل فيها لان اثبات ولاية التصرف فيما كان
ثابتا للموكل ولم يكن ثابتا للوكيل والاحتطاب ثابت للوكيل قبل التوكيل فكان فعل الوكيل
واقعا لنفسه لكن وكل بالاتهاب والاستقراض مطلقا فوقع الفعل للوكيل دون الموكل عقدا
مفاوضة او عنانا بفتح العين او في الصنايع اي شركة في الاعمال كالخياطين لو
اشتركا على ان يتقبلا الاعمال ويعملا على ان ما حصل من العمل فهو بينهما او بالوجوه وجه الحصر
اما ان يذكر المال في عقد الشركة اولا فان ذكر فاما ان يلزم المساواة في ذكر المال في رأس المال
ورنحاكم لا فان لزم فالمفاوضة والا فالعنان وان لم يذكر المال فاما ان يشترطا العمل
فيما بينهما من مال الغير ام لا فالاول الصنايع والثاني الوجوه كانت هذه الشركات عقودا سميت
بهذا الاسامي جواب لما الخ لحكم بصحتها اي بصحة هذه الشركات في العقود المذكورة وقال الشافعي لا يجوز غير
العنان نفي لقولنا ان في بواسه فانه لا يجوز الشركة الا شركة عنان ولا يصح غيرها وهو قول
احمد وهو القياس اما المفاوضة فلانها تقتضي المساواة بينهما في التصرف وهي غير ممكنة لانه لا بد
لكل منهما حصول مال غائب غيره وكذا يتضمن الكفالة بمجهول وهي فاسدة واما الاخريان فلا

الشركة وضعت لتثمير المال وذا لا يتصور بلا مال وقال مالك لا اعرف المفاوضة وعن
اصحاب جوزنا مالك في الجملة لا بشرط التساوي في المال بان يفوض كل تصرفه الى آخر مع حضوره
وغيبته كذا في العيون ولنا قوله عليه السلام فاوضوا فانها اعظم بركة وقد جرى به التعامل
من غير نكير والقياس يترك به كما ترك في الاستصناع ودخول الحمام مع جهالة مدة المقام
وكمية الماء على انه قد تحمل الجهالة تبعا كما في المضاربة وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت صريحا
وان الشركة غير مختصة بتثمير مال بل قد يكون لتحصيله ولا يصح المفاوضة الا بين الحرين
البالغين العاقلين المسلمين او الذميين النصرانيين وواحد منهما نصراني والآخر يهودي
وكذا يجوز بين النصراني والمجوسي وبين الكتابي والمجوسي للتساوي في الذمة واختلفا
في حل ذبيحتهما وحل الموقوذة عند المجوسي دون الكتابي لان من يحل الموقوذة ما الاستقوجة
في حقهم لا يفرق بين المجوسي والكتابي وانما شرط التساوي في هذه الامور لان المفاوضة
يقتضي المساواة في التصرف ولا تساوي بين الحر والعبد والعاقل والمجنون والصبي والبالغ
والذمي والمسلم في التصرف ولا تصح بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين
لعدم صحة الكفالة من هؤلاء وهي من مقتضياتها ولوازم معناها وتجيزه ابو يوسف اي
المفاوضة مع اختلاف الدين فيصح بين مسلم وكافر لتساويهما في اهلية الوكالة والكفالة
وزيادة احدهما على الآخر في التصرف لا يمنعها كما ان المفاوضة جايزة بين الحنفي والشافعي
مع انه يتصرف في متروك التسمية عمدا دون الحنفي وقالا لا يجوز لانعدام التساوي في التصرف
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمرا صح ولو اشتراها مسلم لا يجوز والشركة ان فعي يكون الزا
بدليل شرعي في متروك التسمية لان ذلك مجتهد فيه ولا كذلك الذمي اذ ليس في ولاية الالزام عليه
مع الكراهة لان الذمي لا يهتدي الى الجايز فربما يصير سببا لوقوع المسلم في الحرام
ولا بد في هذا العقد من لفظ المفاوضة لان هذا اللفظ مغن عن تعداد شرايطها او
بيان جميع مقتضاها لان معنى المفاوضة هي المساواة فيقتضي الكفالة والوكالة فكان
واحد منهما فوض الى الآخر الامر للشركة على الاطلاق ان لم يذكر لفظ المفاوضة وتنعقد
المفاوضة على الوكالة والكفالة لانها يقتضي المساواة فيما هو من مواجب التجارة حتى تدخل
مال الشركة المفاوضة كل ما يشتريه احدهما لقيامه مقام الآخر في التصرف الا طعام اهله
وهو عام يتناول الادام وغيره وكسوتهم ويمكن ارجاع الضمير الى المفاوض في شراء اي كسوة اهله

وكسوة نفسه لانها خاصة لماله المخصوص له وكان القياس ان يدخل في مال الشركة لانها
من عقود التجارة الا انهم استحسنوا باستثنائها لان كلا منهما مستو العالم بحاجته الدائمة
من الطعام والكسوة ولا يقصد ان يكون ذلك على شريكه عادة والاستثناء المعلوم دلالة
كالاستثناء المشروط بالمقال ويطالب البايع بالثمن اي ثمن الطعام والكسوة
ايهما شاء من المفاوضين وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري باشر
بسبب الالتزام والآخر كفيل بما لزم بالشرى بسبب الشركة فكان سبب المطالبة
على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فيطالبه لذلك ولان عدم وقوع الطعام والكسوة
على الشركة ضرورة ولا ضرورة في ان لا يقع عقد احد الشريكين متضمنا للكفالة فثبت الكفالة
فمن المشتري اصالة ومن صاحبه كفالة ويرجع الكفيل على المشتري ان ادى من مال الشركة بقدر
حصته وان ادى من غير مال الشركة يرجع بكله ويتضمن كل واحد منهما ما لزم للآخر بدلا عما يصح
فيه الشركة بالتجارة كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار تحقيقا للمساواة فيما يجب لهما
وعليهما وفيه اشارة الى انه لا يلزم الضمان فيما لا يصح الشركة كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح
عن دم العمد لانها ليست من التجارة وكذا ما لزم من ارش الجناية على بني آدم تثبت بالبينة
او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجبها ولا خصومة للمجني عليه مع شريكه
وكذلك لا يحلف عليه لو استحلف احدهما كما لو ادعى على احد المفاوضين جراحة خطاء لها
ارش مقدر واستحلف فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع
شريكه كذا في شرح الهداية ولو كفل احد المفاوضين اجنبيا بمال باذنه اي باذن المكفول عنه
فهي اي الكفالة لازمة لشريكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم لان الكفالة تبرع
ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون ولو صدرت من المريض يصح من الثلث وتبرع
احد المفاوضين لا يلزم للآخر وله ان الكفالة تبرع ابتداء لكنها تجارة بقاء لكونها
بامر المكفول عنه فيستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه وفيه اشارة الى انه لو كفل
بالنفس لم يلزم شريكه اجماعا لانه تبرع ابتداء وانتهاء وكذا لو كفل بلا امره لا يلزم اتفاقا
ولو غصب احد المفاوضين شيئا وهلك في يده يضمنه ابو يوسف رحمه الله الغاصب بقيمته
ولا يلزم شريكه لانه ليس من ضمان التجارة وقالا يلزم شريكه لانه مفاوضة انتهاء لان
المضمون يكون مملوكا عند الضمان مستندا الى وقت الغصب فيلتحق بضمان التجارة كالاستهلاك العارية

١٢

والوديعة على هذا الخلاف كذا في الينابيع واقراره اي اقرار احد المفاوضين للاب ولمن بعدهما
ممن لا يقبل شهادته له بولادة او زوجية بدين غير لازم لشريكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لازم
وهذا الخلاف مبني على ان الوكيل لا يملك العقد بيع مولاه عنده ويملك عندهما وفيه اشارة الى انه
اقر لمن تقبل شهادته له لازم لشريكه اتفاقا ولو اي احد المفاوضين لو شرا جارية بثمن
من المال اي من مال الشركة باذن من صاحبه غير ضامن للآخر النصف بل هي له بغير شيء عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه نقد الثمن من مال الشركة فيضمن لشريكه نصفه
كما لو اشترى كسوة لاهله من مال الشركة وله ان الاذن بالشراء للوطء اذن باداء الثمن من مال الشركة
وبصار واهبا نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولم يذكر العوض وكان تمليكا بغير عوض
فكانه قال اشتر جارية بيننا ووهبت لك نصيبي منها فلا يرجع بشيء بخلاف الطعام والكسوة
لانهما من الحوائج الاصلية فهي مستثناة وفي النوادر لو قال احد المفاوضين اشتري هذه
الجارية لنفسي فسكت شريكه لا يكون اذنا حتى يقول نعم ولو قال الوكيل شراء بشيء بعينه
اشتري هذه لنفسي فسكت الموكل يكون اذنا والفرق ان احد المفاوضين لا يملك تغيير
تغيير المفاوضة الا برضاء صاحبه وفي السكوت احتمال فلا يثبت والوكيل بالشراء يملك
عزل نفسه رضي الموكل ام لا ولو ادعى مفاوضة في المال الذي في يد مال الشركة فانكر الآخر
فبرهن المدعي واثبت الشركة ثم ادعى ذو اليد ملكية عين من ذلك المال بانها ملكه بارث
او هبة وليست بداخلة في الشركة فاراد اثباتها ببينة برهن ابو يوسف رحمه الله بينته لان
ذا اليد بالبينة الاولى صار مقضيا عليه بان ما في يده مال الشركة لان القضاء بالمفاوضة لا يقع
للمال لا يستعمل المفاوضة بالحضور عند حضرة صاحبه ولا في المال الغائبة لعدم الغايبة ولكنه واقع
يكون ما في يده من المال الذي يعقد به الشركة ولو قبلت بينة ذي اليد على دعواه لزم ان يصير
مقضيا له في تلك الحادثة وهي غير جائزة وقبلها محمد رحمه الله بينة ذي اليد على دعواه لانه انما
صار مقضيا عليه بالمفاوضة لا بان ما في يده من المال نصفان بينهما وانما يأخذ نصفه باستصحاب
حال المفاوضة لا بالقضاء فلا يلزم ضرورة المقضي عليه مقضيا له في شيء واحد هذا لو لم يذكر
تلك العين في دعوى المفاوضة وان ذكره لا يقبل بينة ذي اليد اتفاقا كذا في المصفى
ولو ادعى رجل عقارا واثبت دعواه ببينة فبرهن ذو اليد على تجديد بناء فيه اي في

في ذكر العقار اطرد الخلاف السابق بينهما فقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل بينة ذي اليد لان
العقار اسم للعرصة والبناء جميعا ولو قبل بينته لصار ذو اليد المقضي عليه مقضيا له وقال محمد رحمه الله
تقبل لان العقار اسم للعرصة فقط فلم يصر ذو اليد المقضي عليه في الوصي مقضيا له في البناء
هذا ايضا اذا لم يذكر المدعي البناء في دعواه وان ذكره لا تقبل بينة ذي اليد اتفاقا وهذه
المسئلة ليست من الشركة ذكرها استطرادا ولو اشترى رجل من احدهما اي من احد المفاوضين
شيئا ثم وجد فيه عيبا فانكر بايعه وجود ذكر العيب فاراد رده على غير البايع يحلف ابو يوسف
تحليفه اي البايع على البتات وحده ولا يحلف شريكه على العلم لان النيابة لا تجري
في الحلف وكل واحد منهما كالوكيل والنايب من الآخر في الخصومة والوكيل والنايب لا يستحلف وقال
محمد رحمه الله يحلف البايع على البتات يمين الآخر الغير البايع على العلم لانه كفيل والكفيل يحلف
على العلم لو انكر بسبب المطالبة لكنه يحلف على العلم لانه يحلف على فعل الغير ولو اراد رده على البايع
يستحلف على البتات وحده اتفاقا كذا في المصفى واذا ملك احد المفاوضين ما يصح فيه الشركة
كالدراهم والدنانير بان ورثها او وهبت له وقبضها صارت المفاوضة عنانا لفوات شرط
المفاوضة وهو المساواة فيما يصح كونه رأس المال ابتداء وبقاء ولو ملكه ما لا يصلح فيه الشركة كالعروض
والعقار والديون الغير الواصلة اليه لا تبطل المفاوضة فاذا وصلت اليه بطلت كذا في العيون
ولو فاوض اي شارك مسلم شركة مفاوضة مرتد توقفت اتفاقا لعدم شرط التساوي
فان اسلم نفذت فان قتل فهي اي الشركة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عنان اي صارت
تلك الشركة عنانا وثمرة الخلاف تظهر فيما قبل الموت لان المفاوضة تبطل بعده اتفاقا
ولكن العنان من المرتد جايز اتفاقا قبل القتل كذا في شرح المنظومة وفي المحيط عنان المرتد
على هذا الخلاف لان تصرف المرتد موقوف عند ابي حنيفة رحمه الله فيبطل عنانه اذا قتل وعندهما نافذ
فلا يبطل عنانه فعلى هذا لا يكون قوله لو فاوض احترازا عن العنان وينبغي ان يجوز مفاوضة
المسلم مع المرتدة يجوز على قول ابي يوسف رحمه الله لكنها مع الكراهة كالمسلم مع الذمي لهما ان تصرفات
المرتد نافذة مهما امكن فيجعل عنانا ولكن ان المرتد اذا قتل او مات او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت
تصرفاته من حين الارتداد فيتحقق الهلاك استند الى سبب لا يصح المفاوضة والعنان الا
بالنقدين والتبر بما وهو ما يكون غير مضروب ان جرى به التعامل ذكر في المبسوط ان التبر يصلح ان يكون

١٤

رأس مال الشركة لانها المخلوقة للثمنية وذكر في الجامع الصغير انه بمنزلة العروض وقال في الهداية
هذا هو الصحيح لانها وان خلقت للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ولهذا اذا صرف
الى شيء آخر من صياغة الخاتم وبعد لا يصرف ظاهرا فيعتبر فيه العرف فان جرى التعامل باستعمال التبر
يكون كالمضروب وان لم يكن يكون كالعروض وانما لم يصح العروض ان يكون رأس مال الشركة لان اول التصرف
في العروض بعد الشركة يكون بيعا فلم يصح لان يبيع احدهما على ان يكون الآخر شريكا في الثمن وفي
النقدين اول تصرف يقع بعده يكون شراء وجاز لان يشتري انسان بما له شيئا على ان يكون بينه
وبين غيره واجاز محمد رحمه الله الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة لانها تروج كالاثمان حتى لا
يتعين بالتعيين عنده وقالا لا يجوز لان الثمنية ليست بلازمة لها وانما تثبت رواجها بالاصطلاح
ويوافقه ابو يوسف محمد رحمهما الله في رواية عن ابي يوسف فقال يجوز الشركة بالفلوس النافقة
وعن ابي حنيفة رحمه الله الموافقة بها في المضاربة كذا في الهداية ويخالفه في المضاربة في رواية اخرى
لانها لو كسدت يحتاج الى رأس المال بالقيمة وهي مجهولة بخلاف ما في الشركة فاذا اخذ رأس المال
عددا ولا حاجة له فيها ولكن اجزنا اي الشركة مع اختلاف النقدين ومن دون خلط اي بلا خلط
المالين لو كانا من جنس واحد وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله لان محل الشركة هو
المال والاشتراك انما يحصل في الخلط لان الربح فرع المال المشترك ولا يصح الفرع على الشركة
الا بعد الشركة ولهذا لو هلك مال احدهما قبل الخلط هلك من مال نفسه ومع اختلاف الجنس لا يتصور
الخلط لثبوت الامتياز بينهما فلا يقع معه الشركة ولنا ان معنى عقد الشركة ان يكون كل واحد
منهما وكيلا في الشراء بالمال الذي عينه للشركة وهذا يحصل بدون خلط وما اشتراه كل واحد منهما
للشركة طولب بثمنه لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق الحاصل
ان محل النزاع وجوب الخلط عنده وعدمه عندنا ولا يجوز الشركة بالمكيل والموزون والعددي المتقارب
قبل الخلط اتفاقا الا على قول مالك رحمه الله فانه يجوز عنده لو كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال
معلوم فاشبه النقود كذا في الهداية ويجيزها ابو يوسف الشركة بعده اي بعد الخلط وهو
جنس واحد شركة ملك لانها يتعين بالتعيين بعد الخلط كالتعيين بعده وما يتعين بالتعيين
لا يصلح لان رأس مال الشركة لان الشركة عقد ثني لقول محمد رحمه الله فانه قال يجوز الشركة فيها شركة عقد بعد
بعد الخلط لاختلافه فيه بيعا قبل الخلط وكل واحد منهما متاعه وعليه ضيعة وثمرة الخلاف تظهر
عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر المذهب ما قال ابو يوسف رحمه الله

وقال محمد يوله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين
بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين فقبل الخلط كالمبيع وبعد الخلط كالثمن
بخلاف العروض فانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير فخلطا لا ينعقد
الشركة بها اتفاقا والفرق لمحمد يوله ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين ذوات
القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض ولا يجوز الشركة بالعروض لكن ان كان مالهما عروضا وهو جمع عرض
بسكون الراء وتجوز تحريكها قليلا وهي الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا
ويجوز عندنا كل يوله فلو كان العرض جنسا واحدا والشافعية في وجه في عرض مثلي كذا في العيون
الا بيع النصف اي بيع نصف عرضه بالنصف اي بنصف عرض صاحبه عند تساوي القيمتين حتى يكون
مال كل منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة ان شاء مفاوضة وان شاء
عنانا ولو كان بينهما تفاوت في القيمة بان كان قيمة احدهما مائة مثلا وقيمة الاخر اربعمائة
يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المتاع كله بينهما اخماسا ويكون بينهما
على قدر راس مالهما او يكون لكل واحد منهما عشرة اثواب قيمة احديها عشرة دراهم وقيمة الاخرى
خمسة فيبيع كل صاحب الاقل ستة اثواب وثلثي ثوب بثلاثة اثواب وثلثي ثوب من صاحب الاكثر فيقع
شركة الملك ثم يعقدان عليها عقد الشركة والحاجة الى العقد بعد شركة الملك ليثبت توكيل كل واحد
منهما لصاحبه ببيع نصيبه وانما تبايعا على هذا الوجه ليكون نصف كل منهما مضمونا على صاحبه فيكون
من مالهما مضمونا ولو لم تبايعا على هذا الوجه لكان عرض كل منهما غير مضمون عند صاحبه لكونه
امانة فيكون ربح ما لم يضمن فلا يجوز وينعقد العنان على الوكالة لان المقصود من الشركة هو
تصرف في مال الغير لا يكون الا بها عند عدم الولاية دون الكفالة لانها انما يثبت في المفاوضة
لضرورة المساواة والعنان لا يقتضيها ولهذا ينعقد ممن ليس باهل الكفالة بان كان احدهما
صبيا ماذونا للتجارة او كلاهما او احدهما ممنوع يعقل البيع والشراء او كلاهما ماذونا صحيح
وتعم انواع التجارة كلها او خاصة ولو شرطا فضل الربح مع تساوي المال او عملا او شرطا زيادة
الربح للعامل او بالعكس بان شرط التساوي في الربح مع التفاضل في المال اي اخر اجزناه في شركة
العنان وقال زفر يوله لا يجوز وهو قول الشافعي ومالك يوهما كذا في العيون لان الربح فرع للمال
فيكون بقدر الشركة في الاصل ولا يؤدي الى ربح ما لم يضمن ولنا قوله عليه السلام الربح ما شرطا
والوضيعة على قدر المال واشتراط التفاضل في الربح مع تساوي المالين انما يصح لو شرط العمل عليهما

او على من شرط له فضل ربح وان شرط العمل على اقلهما ربحا لا يجوز فالربح لهما على قدر راس مالهما لان
الربح لا يستحق الا بمال او بضمان عمل وليس لصاحب فضل ربح فضل مال ولا ضمان عمل او شرط
التفاضل في الوضيعة بان شرط الخسران بينهما اثلاثا مثلا والمال سواء اي المال متساوي
بينهما بطل الشرط لان كلا منهما امين على الاخر وشرط زيادة الوضيعة على احدهما يكون تضمينا
للامين وذا لا يجوز وانما لم يؤثر هذا الشرط في بطلان الشركة لانه شرط تعلق المعقود عليه
لا العقد ويصح عقد العنان بالبعض اي ببعض المال من احدهما دون البعض من الاخر اي
تساوي المال ليس بشرط فيه ويطالب بفتح اللام المشتري بكسر الراء فقط منهما بالثمن دون شريكه
لان العنان تضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل اصيل في حقوق العقد ويرجع المشتري على
شريكه بحصته من الثمن ان اداه من مال نفسه ولو ادى من مال الشركة لم يرجع عليه ولو باع احدهما فاجل
شريكه الثمن الى مدة معلومة فهي اي التاجيل باطل عند ابي حنيفة يوله مطلقا اي في نصيبه وفي نصيب شريكه
ولو اجل البايع في النصيبين معا يجوز عند ابي حنيفة يوله ومحمد يوله كذا في الحقايق وجاز في نصيبه
فقط دون شريكه لانه تصرف في نصيب نفسه دون نصيب غيره فكما ان تاجيله لو جاز في نصيبه فقط
لزم قسمة الدين قبل القبض بان يتميز نصيب احدهما عن الاخر في تعجيل المطالبة وذا لا يجوز ويصح
التاجيل سواء كان من البايع او من شريكه في الكل اي في كل الثمن اجماعا لو قال احد الشريكين
اعمل برايك لان التاجيل في نصيبه يكون اصالة وفي نصيب شريكه نيابة لان العنان يتضمن الوكالة
والمفاوضة الوكالة والكفالة ولو اقر بعاريته في يد الاخر لا يصح في حصة شريكه كذا في البزازية
ولو هلك المالان او احدهما قبل الشراء بطلت الشركة اجماعا لانها عقدت لاستنماء المال فلا يتصور
بعد الهلاك والشركة متعينة بهذا المال لانه يتعين فيها كما يتعين في الوصية والهبة ولو اشترى
احدهما بعد هلاك المال الاخر يكون المشترى لمن اشتراه خاصة لان الشركة بطلت وبطل ما في ضمنها
من الوكالة الا ان يصرح بالوكالة بان قال ما يشتريه من جهة الوكالة يكون بينهما مشتركا لان
بطلان الشركة لا يوجب بطلان الوكالة المصرح بها ويرجع على شريكه بحصته وان لم يصرحا بالوكالة عند
العقد ثم اختلفا فيه فمال المشتري بينهما وايهما باع جاز ويرجع بحصته من الثمن عندهما جميعا
كذا في الينابيع ولو اشترى احد الشريكين بماله فهلك مال الاخر كان المشترى بفتح الراء مشتركا
على الشرط لان عقد الشركة كان قايما وقت الشراء فلا يتغير حكمه بهلاك المال الاخر ويرجع بحصته
من الثمن على شريكه لانه اشترى نصفه بالوكالة ونقد الثمن من ماله ولا يجوز الشرط بتسمية دراهم

من الربح لاحدهما لان هذا الشرط مغير موجب الشركة لانه قد لا يربح ذلك القدر ويبضع اى
يعطي بضاعة من مال الشركة ويشترط كل الربح لرب المال لكل من شريكي النوعين وهما العنان والمفاوضة
ويودع ويضارب اى يدفع المال المشترك مضاربة فيه اختلاف المشايخ فمنهم من يقول يملكه لانه
دون الشركة المفاوضة يملك شركة العنان والمضاربة كذا في شرح الهداية فان كان يتصرف
فيما كان من جنس تجارتهما او مطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح مشتركا بينهما كذا في المحيط
ولا يشارك مع غيره في مال الشركة الا ان يقال له اعمل برايك ما لم يصرح به نصا وان اذن كل منهما الآخر
بالاستقراض لا يرجع لا يرجع المقرض على الآخر لان التوكيل به لا يصح كذا في البزازية ولا يملك الهبة
ولا القرض وما كان اتلافا للمال وان قال اعمل برايك كذا في البزازية ومن قال الاستقراض جائز فقد
غفل عما ذكر ويوكل لان كلا منهما من توابع التجارة ولا يشارك لان الشيء لا يستتبع مثله فلو
شارك المفاوض العنان جاز عليهما لان العنان دون المفاوضة ولو فاوضه جاز باذن شريكه
وان لم ياذن ينعقد عنانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن ويرتهن ولاحد المفاوضين
كان ذلك لانه كان يملك الايفاء والاستيفاء من نصيب شريكه حقيقة فيملكه حكما ولا كذلك شريكي
العنان ولو اشترى احد شريكي العنان ما هو من جنس تجارتهما في النصف لا يملك ان يشتري لنفسه
خاصة كالوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك ان يشتري لنفسه اما لم يشتره بالعروض وبخلاف جنس الثمن
الذي سماه الموكل وكذا لو اشترى شيئا ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصة كذا في المحيط ولو باع
احدهما فيما باعه الآخر جاز الاقالة لانها بمعنى البيع في تحصيل الربح لانه يتحقق بالبيع
باقالة آخر ويكون الوكيل امينا لان قبض المال باذن مالكه واذا اشترك الصانعان المتحدان
في العمل ويسمى شركة التقبل على ان يتقبلا الاعمال وان يقتسما الكسب جاز وهذه شركة الصنايع
وقدم الخلاف في جوازها مع اتحادهما فيه بوادره ونحن اجزناها مع اختلاف الصنعة وقال زفر لا يجوز وهو
قول مالك رحمه الله وعند اختلافهما كان ايضا لا يجوز عنده كذا في العيون لعجز كل منهما عن الصنعة التي
يتقبلها شريكه ولنا ان هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبيل العمل صحيح والعمل ليس
بلازم على الموكل فله ان يقيم مقامه باجارة هذا النوع من الشركة ولو عمل احدهما لمرض الآخر او
غيبته فالاجر على الشرط لان عمله كعملهما كذا في البزازية فقد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند
شرايط المفاوضة فيكون كل واحد مطالبا بحكم الكفالة ما وجب على صاحبه ومنه كان عنانا قايما يطالب
من يباشر السبب دون صاحبه بمقتضى الوكالة فان اطلق هذه الشركة كان عنانا كذا في مجمع الفتاوى

ويجوز التفاضل في الربح مع استواء العمل لان هذه الربح بدل العمل وهو متفاوت في القيمة
فيصح التفاوت في بدله ويلزمهما اى الشريكين في الصنايع ما يتقبل احدهما لانه لنفسه اصالة ولشريكه
وكالة فيطالب كل منهما بالعمل لان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن
يرجع عليه هنا بالعمل لكن رجوعه انما امكن قبل العمل لو بعد الفراغ منه امتنع تضمينه فيكون كل واحد
من الشريكين شركة الوجوه وكيلا وكفيلا عن الآخر هو الظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان كذا
في المبسوط انه اذا استقبل العمل احدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال لان الآخر يطالب بذلك
فاما اذا كانت الشركة مطلقة ففيها القياس كذلك وفي الاستحسان انما لا يطالب به الا من تقبل لان الشركة
بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة الا يرى لو اقر احدهما بدين الاثنان لا يطالب الآخر فكذلك
لو تقبل العمل وفي الاستحسان يكون الآخر مطالبا به فلان هذا التقبيل مقصود بالشركة فيهما
المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه فيكونان فيه بمنزلة المفاوضين كذا في شرح الهداية
فبهذا ظهر اطلاق المفاوضة والعنان على شركة الوجوه فان شرط فيها شروط المفاوضة فهي
يشبه بالمفاوضة وان شرط شروط العنان فهي تشبه العنان ويطالب بكل العمل كل واحد من
الشريكين بالاجر اى اجرة العمل والدافع ايهما دفع برئ ولو اقر احد القصارين انهما قبضا الثوب
للقصارة وانكر الآخر يلزمه عند ابي يوسف رحمه الله اقراره عليهما لانهما يستويان في ضمان الشركة والعين
مضمونة في يدهما وخصه محمد الآخر بالمقر كاقرار احد شريكي العنان بدين وينعقد شركة
الوجوه وتسمى شركة المفاليس على الوكالة بما يطرأ بيانه هذا لفظ يكفي على وجه المفاوضة وانما
يصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلق الشركة يكون عنانا
لان مطلق الشركة ينصرف اليه فالمفاوضة هنا ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن
المشترى على كل واحد منهما نصفين وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة
واما العنان هنا فهو انه يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغي ان يشترط الربح
منهما على قدر الضمان وان شرط بخلاف الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما
كذا في شرح الطحاوي ويقسمان الربح على قدر المشترى اى اذا شرطا ان يكون المشترى بينهما
نصفين او اثلاثا فالربح يكون كذلك ولو شرطا ان يكون الربح لاحدهما ازيد من قدر المشترى
فالشرط باطل لان استحقاق الربح في هذه الشركة بالضمان والضمان بقدر الملك في المشترى
فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جايز بخلاف العنان فان استحقاق الربح ثمة

باعتبار العمل لا باعتبار المال رجل قال لآخر اشتريت اليوم من انواع التجارة فيما بيني وبينك
فهو جايز وتثبت فيه الشركة وان اشتركا لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة وتعليم القران على
ما اخترنا من الجواب للفتوى فهو جايز ولا يصح الشركة في الاحتطاب اي في قطع الحطب والا
صطياد لان التوكيل فيهما غير جايز كما مر في اوايل الكتاب ولو اعانه احدهما اي احد شريكي
الاحتطاب والاصطياد الاخر فاستحق المعين اجر مثله بفساد عقد الشركة يحكم له ابو يوسف
للمعين نصف قيمة الحاصل من الحطب والصيد لانه رضي به كما لا يجاوز عن المسمى في الاجارة الفاسدة
لا بالغا ما بلغ نعم لقول محمد رحمه الله فانه قال له اجر مثله بالغا ما بلغ لان قيمة الحطب مجهولة والرضا
بالمجهول لغو فيسقط وضع في اعانة احدهما اذ لو اخذ ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل وان اخذا
معا فهو بينهما نصفان كذا في الحقايق ويؤدي صاحب البغل اجر مثل الراوية وبالعكس لو اشترك
صاحب بغل وصاحب راوية استقى عليها الماء ويكون الكسب بينهما فسدت الشركة لانعقادها على احراز
المباح ويكون الكسب لمن استقى لانه هو المحرز فان كان صاحب بغل يؤدي اجرة مثل الراوية
وان كان صاحب راوية يؤدي اجرة مثل بغل ويجعل الربح في الشركة الفاسدة على قدر المال فيبطل
شرط فضل لاحدهما لان العقد لما فسد فسد ما هو المشروط فيبقى الاستحقاق بقدر المال فاذا
مات احدهما اي احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت الشركة لبطلان الوكالة
الكاينة في ضمنها سواء علم الشريك موت شريكه او لا لانه عزل حكمي بخلاف العزل القصدي فانه موقوف
على العلم وليس لكل منهما اي لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه لانه نايب عن صاحبه
في التجارة لا في اداء الزكوة وهو ليس منها لانه يفتقر الى النية فان اذن كل صاحبه ان يؤدي الزكوة
فادى المأذون بعد اداءه اي صاحبه فهو اي المأذون ضامن بما اداه ثانيا عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا
علم باداء صاحبه او لا وقالا ان علم اداء صاحبه او لا ضمن والا فلا وكذا ان اديا معا ضمن كل منهما
نصيب شريكه عنده مطلقا وعندهما ان علم وقعت هذه المسئلة مكررة فانها مذكورة في باب الزكوة
قبيل فصل صدقة الابل فعالم ان المامور باداء الزكوة على هذا الخلاف لان حكم الشريكين
لم يعلم هناك فصرح هنا ليعلم حالهما منفصلا

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تعالى واذا ضربتم في الارض وآخرون يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله اي يسيرون فيها للتجارة وفي الشرع عبارة عن دفع المال الى الغير
ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا ويسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لان فائدة

الربح لا تحصل غالبا الا بالضرب في الارض وهي عقد مشروع بالآية والسنة وهو ما روي ان
العباس رضي الله عنه كان دفع مالا مضاربة وشرط على مضاربه انه لا يسلك به بحرا ولا ينزل
به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة ولئن فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله عليه السلام فاستحسنه
واجازه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون فاقرهم عليه وعن عمر رضي الله عنه انه دفع
مال اليتيم مضاربة وعليه الاجماع ولان للناس حاجة الى ذلك لان منهم الغني الغبي عن التصرفات
والفقير الذكي العارف بانواع التجارات فمست الحاجة الى شرعيته تحصيلا لمصلحتهما والفاظ
المضاربة ان يقول رب المال دفعت اليك هذا المال مضاربة او مقارضة او معاملة او يقول
خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله بيننا نصفان او على ان لك ربعه او خمسه ولم يزد على هذا
فانها مضاربة صحيحة ولو قال هذا الالف مضاربة على ان لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد عليه
فالثلث للمضارب وما بقي لرب المال فالحاصل ان كل ما سكت عن ذكره فهو لرب المال ولو قال خذ
هذا المال مضاربة على ان لي نصف الربح وسكت فالقياس ان يكون فاسدة وفي الاستحسان
هي جايزة ويكون للمضارب النصف ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف ولم يزد
فاشترى كما امره فالشرط فاسد وللمشتري اجر مثله وليس له ان يبيع المشتري الا باذن رب المال كذا
في الينابيع وينعقد على الشركة في الربح ويثبت الاستحقاق فيه بمال من احدهما وعمل من المضارب
وقد تجوز فيها ان ربح سالم يعني استحسانا بالاثر الذي ورد فيها فان شرط كله اي كل الربح للعامل
كان المال قرضا ومستقرضا لانه لما شرط جميع الربح للمضارب فقد ملكه رأس المال فيكون
قرضا او شرط كل الربح لرب المال كان بضاعة وعند مالك رحمه الله مضاربة صحيحة وعندنا ان وقع
ولعقد بينهما له مضاربة فاسدة كذا في العيون واذا قبض المضارب المال كان امينا والمال
امانة عنده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه
الوثيقة كالمرهون واذا تصرف المضارب كان وكيلا لان تصرفه مضاف الى الغير كالوكيل واذا
ربح صار شريكا لاستحقاقه جزءا من الربح فان فسدت المضاربة كان اجيرا لان المضارب
عامل لرب المال وشرط له الاجرة على عمله وقد ظهر معنى الاجارة وان خالف المضارب
رب المال فيما شرط كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال الغير ولا يصح المضاربة الا بما يصح به الشركة
فيجب ان يكون رأس المال دراهم او دنانير فلا تجوز في الاحتطاب والاصطياد والاستقاء
ولا في غيرها مما يملك بالاحراز من المباحات لان المضاربة متضمنة للوكالة والمباح لا يقبل الوكالة

لما مر بيانه في الشركة ولو قال بع هذا العرض واعمل في ثمنه مضاربة أو قال اقبض مالي على فلان
من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة في المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو
مما يصح فيه الاضافة الى المستقبل لتضمنه معنى الوديعة والاجارة والوكالة فجازت فان باعه
بمكيل او موزون جاز بيعه عند ابي حنيفة رحمه الله والمضاربة فاسدة وقالا لا يجوز بيعه الا بدراهم
او دنانير كذا في الينابيع وفي الثانية اضيف الى زمان القبض والدين لما قبض صار نقدا
فيجوز به لا بالدين اي لو قال اعمل المضاربة بالدين الذي لي في ذمتك لا يجوز اتفاقا اما عند ابي حنيفة رحمه الله
من ان التوكيل بالشراء عليه لا يصح لان الدراهم متعينة في الوكالة فيكون الدين متعينا
بان يشتري به وهو غير متصور فيفسد فيقع الشراء للمامور واما عندهما فلان البناء
على اصلهما من ان التوكيل بالشراء بما له عليه صحيح لان الدراهم المنقودة لا يتعين فاولى
ان لا يتعين حال كونها في الذمة فيكون امره بالشراء مطلقا فيصح فيكون المشترى واقعا
للموكل فيصير المضاربة في العروض فلا يصح ويشترط في صحة المضاربة شيوع الربح بينهما
بان يكون اثلاثا او نصفا فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة فسدت المضاربة لانه قد يحصل فيها
ذلك المقدار وقد لا يحصل فيها ذلك المقدار فينقطع الشركة في الربح وكذا كل شرط يوجب
الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود فيكون الربح لرب المال لانه نماء ملكه والمال امانة
في يد المضارب كما لو كان العقد صحيحا وللمضارب اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل
الى المسمى المشروط لفساده فصار الى اجر المثل فيحكم به ابو يوسف رحمه الله باجر المثل ان ربح
او لا الا انه اذا لم يربح في المضاربة الصحيحة لم يستحق شيئا فكذا في الفاسدة ويمنع ابو
يوسف رحمه الله ايضا مجاوزة المشروط المسمى في المضاربة من الربح وهو وان كان مجهولا في
الحال لكنه يصير معلوما عند الحصول مثلا لو شرط للمضارب ثلث الربح وكان الربح ثلثين
درهما فثلثه يصير معلوما وهو عشرة واجر مثله لو كان زائدا على العشرة لا يتجاوز عنها وخالفه
محمد ابا يوسف رحمهما الله فيهما اي في الحكمين السابقين له فانه قال له الاجر وان لم يربح او ربح
بالغا ما بلغ وهو قول ك فع ولمحمد رحمه الله لان تسليم العمل وجد منه فيستحق الاجر وشرط
في صحة المضاربة التسليم اي تسليم المال او التخلية الى المضارب بحيث لا يكون لرب المال يد في
المال لانه لا يعتمد على العمل الا باليد فيجب ان يخلص له وينقطع عنه يد رب المال حتى لو لم يسلمه
فاشترى المضارب فربح يكون الربح كله لرب المال او سلمه وشرط فيه ان يعمل رب المال في المضاربة

لانعدام التخلية فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب او الوصي مال الصغير وشرط
عمل نفسه جاز لانهما ممن يجوز ان ياخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط عملهما ولو
شرط عمل الصغير لم يجز وكذا المأذون لو دفع ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لان اليد
المتصرفة ثابتة له فينزل منزلة المالك وكذا اشتراط الوضيعة على المضارب باطل لما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال الربح على ما شرطوا عليه والوضيعة على المال واذا اطلق المضاربة ولم يقيد ببلد ولا بعمل
في نوع مخصوص باع المضارب واشترى ووكل واذن وابضع واودع ووكل وسافر واجر واستاجر
لان الربح انما يحصل بالتجارة وكل ذلك من صنيع التجار والاصل ان المضارب مامور بالتجارة
فيدخل تحت الاذن كل ما هو تجارة او ما لا بد للتجارة منه ولا يضارب المضارب مال المضاربة
مضاربة لان الشيء لا يستتبع مثله الا باذن من رب المال له او تفويض منه بان يقول اعمل برايك
في المال لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص اما بالتنصيص او بالتفويض المطلق اليه كما ان الوكيل ليس له
ان يوكل غيره الا بما قلنا والمكاتب والمأذون متصرفان لانفسهما بحكم المالكية لا بحكم النيابة
وكذا المستعير مالك للمنفعة ولا يقرض ولا يهب ولا يتصدق الا بالتنصيص والتفويض لا يساوي
هذه الاشياء لان الغرض منه التعميم فيما هو عادة التجار في الاسترباح وهذه تبرع محضة
فلا يتناولها وان خصها رب المال المضاربة ببلدة وان عمل من غير اغلبها فيها او بسلعة
معينة او معاملة عامل بعينه لم يتجاوز المضارب ذلك اي ما عينه لان المضاربة توكيل
وفي التخصيص فائدة لتفاوت الناس في المعاملة فضلا واقتضاء ولما روينا من حديث العباس رضي الله عنه
وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه دفع المال مضاربة وقال لا تسلف مالنا في الحيوان فلو تجاوز ضمن
يكون متعديا فيضمن المال ويكون ما في يده له ربحه له وفيه اشارة الى انه لو خصها في السوق لا [illegible]
لان البلدة كبقعة واحدة عرفا وكذا لو خصها بصيارفة بلدة في الصرف فباع واشترى بالصرف
من غيرهم جاز لان المقصود هو المكان والنوع عرفا ولو قال خذه بالنصف واعمل به في الكوفة
لا يتقيد وكذا ان اعمل في الكوفة وغيرها لان الواو ليس من حروف الشرط فيكون المضاربة مطلقة
الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد
لوجود المخالفة وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فاذا عاد زال فصار
المضاربة على حالها بالعقد الاول كالمودع اذا خالف ثم عاد او خصها بمدة معينة كسنة او شهر
مثلا بطلت المضاربة بمضيها لان التقييد بالزمان كتقييده بالمكان ولا يزوج المضارب

عبدا ولا امة من مال المضاربة لان ذلك ليس من التجارة ولا يشترى بمال المضاربة من يعتق
على المالك اى يعتق على رب المال الا باذنه او بيمين المحلوف عليه بعتقه بان يقول ان اشتريت
هذا فهو حر ولا من لا يملك بيعه كام الولد لان الغرض من هذا البيع الاسترباح بتكرار
التجارة وهذا الشراء ينافيه فان فعل بان يشترى من يعتق عليه ضمن لانه صار مشتريا لنفسه
ونافذ ثمنه من مال المضاربة وقال مالك رحمه الله لو كان عالما موسرا ضمن والا فلا كذا فى العيون
ولا يشترى ايضا من يعتق عليه اى على المضارب ان كان ربح فى مال المضاربة لان نصيبه
يعتق عليه الا فى قول الشافعى رحمه الله فيعتق بالقيمة لا قبلها كذا فى العيون فيضمن الثمن لانه
اداه من مال الغير وهذا اشارة الى انه ان لم يكن فى المال ربح فاشترى من يعتق عليه صح البيع
لعدم المانع والمراد كون الربح فى المال ان يكون قيمة العبد المشترى اكثر من راس المال
سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح اولا فاذا كان قيمة العبد مثل راس المال او اقل لا يظهر
ملك المضارب بل يجعل مشغولا براس المال حتى كان راس المال الفا وصارت عشرة آلاف
ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الفا واقل لا يعتق عليه لان كل واحد مشغول براس المال
ومما يؤيد ذلك ما ذكر قاضى خان فى شرح الجامع الصغير وان خالف الحق فى بعض الوجوه وهو
رجل دفع الف درهم مضاربة فاشترى المضارب جارية تساوى الفا فوطئها المضارب فجاءت
بولد فادعى المضارب انه ابنه لا تصح دعوته لان الجارية وولدها كل منهما مشغول براس المال
فلا يظهر الربح وبدون الملك لا يصح الاستيلاد كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل
واحد منهما يساوى الفا فلا يظهر الربح ومن المشايخ من قال الشرح هذا قول ابى حنيفة رحمه الله
لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر كل واحد منهما مشغولا براس المال واما على قولهما فيجوز قسمة
الرقيق فيجعل الجارية والولد كعبد واحد فيظهر الربح فاذا ملك المضارب نصف الربح صح
دعوته ولو زادت قيمة الولد فصارت يساوى الفا وخمسمائة نفذت دعوته السابقة و
ثبت النسب لان الدعوة كانت صحيحة حملا لامره على الصحة وهو الاستيلاد بحكم النكاح وانما
لم ينفذ لعدم الملك فاذا ملك حصته من الربح ودعوة النسب مما لا يحتمل الفسخ فيجعل كانه
ادعاه الآن واذا ثبت نسبه عتق على المضارب لانه ملك بعضه ولا يضمن المضارب لرب المال
موسرا كان او معسرا لانه حين ادعى لم ينفذ دعوته لعدم الملك وحين نفذت لا صنع له فلا يضمن
فيخير رب المال ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى الغلام فى نصيبه ونصيبه من الغلام الف

ومائتان وخمسون ربحهما ولم يستوف ذلك لا تصير الجارية ام الولد للمضارب لانها مشغولة
براس المال لا فضل فيها فاذا استوفى رب المال السعاية وصل اليه راس ماله وصارت الجارية
كلها ربحا بينهما نصفان ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها لانه ضمان تملك فلا يختلف با
ليسار والاعسار فلا يشترط الصنع وقت نفاذ الدعوة لوجوب الضمان كمن استولد جارية
بالنكاح ثم ورثها ولما صارت الجارية ربحا فعقرها الواجب على المضارب ربحا ايضا فيكون بينهما
وان لم يكن فى المال ربح فاشترى من يعتق عليه فازدادت القيمة اى قيمة ما اشتراه عتق نصيبه
لانه ملك قريبه وسعى العبد فى قيمة نصيب رب المال ان شاء لاحتباس ماليته عنده وان شاء
اعتق نصيبه ولا ضمان عليه لعدم صنع منه فى زيادة القيمة ولو اشترى بالف المضاربة
عروضا او قرض اى استقرض مائة لحملها اى ليكون اجرة لحمل العروض فيكون من
عند نفسه سواء قال رب المال اعمل برايك او لم يقل وكذا لو قصر فانه متبرع لانه لو جاز
على رب المال صار رب المال مستوفيا عليه ولم يامر رب المال بذلك بخلاف صبغه باحمر
او نحوه فانه يصير شريكا بما زاد فى الصبغ شركة عنان فله بيعها عند ابى حنيفة رحمه الله
مرابحة على الكل اى على الالف والمائة وحصة المائة من الربح له حتى يقسم على احد عشر
سهما عشرة اسهم من ذلك الربح للمضاربة وسهم واحد للمضارب فى الكراء من ماله وقال لا يبيعها
مرابحة على الالف لا غير والربح كله على المضاربة لان المضارب متبرع فيما اكرى الحمال
لانه فعل بغير اذن فصار كما اشترى اجنبى وذا لا يصح فكذا هذا ولنا ان المضارب
اصيل فى العقد كالوكيل فيبيعها مرابحة بما قامت عليه وهو الف ومائة لان للحمل اثرا فى
قيمة العين واستقراضه نفذ على نفسه فصار المائة ملكا له فحصتها من الربح يكون له
كما لو اشترى متاعا فخلط فى مال المضاربة ولو تصرف بما نهى رب المال عنه ثم باعه فاجاز
رب المال فائمتنا والشافعى رحمهم الله لم يجوزوه فيكون ما اشتراه للمضارب وربحه له ايضا
وقال مالك رحمه الله يجوز فيكون المال والربح على المضاربة لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن
فى الابتداء ولنا ان ما اشتراه المضارب بغير اذن رب المال لما كان بغير اذن
رب المال فتصرف بعده يكون فى ملك نفسه لا يتوقف على الاجازة ولو ادعى رب المال التقييد
بنوع او بمكان والمضارب يدعى الاطلاق حتى جعلنا القول له اى للمضارب لان
الاصل فى المضاربة الاطلاق ورب المال يدعى القيد العارض عليه وهو ينكر لا الاول نفى

لقول زفر رحمه الله فانه قال القول لرب المال لان المضارب يدعي وجود الاذن منه وهو ينكره
ولو اقاما او وقت احدهما فبينة رب المال اولى ولو وقتا فبينة صاحب الوقت ولو ادعى
كل منهما فالقول للمالك بالاجماع كذا في العيون ولو باع المضارب من رب المال ما اشتراه
اي بمال المضاربة بعشرة جاز بيعه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ما اشتراه المال لرب المال و
شراء الانسان مال نفسه باطل ولنا ان مال المضاربة كالمملوك لثبوت حق التصرف
له فيه فيجوز شراؤه كما جاز شراء المولى من مكاتبه شيئا من اكسابه او دفع المضارب
المال وهو النقد اليه اي الى رب المال مضاربة بالنصف صح حكمنا ببقاء المضاربة الاولى لا
بانفساخها نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال ينفسخ العقد الاول لانه تصرف رب المال في
ملك نفسه فينفسخ الاولى كما لو اخذه بغير امره ولنا ان هذا الدفع توكيل لرب المال على
التصرف لا عقد مضاربة حقيقة اذ المال ليس ملكا للمضارب فلا ينفسخ به العقد الاول
بخلاف ما لو اخذه بغير امره لانه فسخ قصدا فلو دفع المضارب الى رب المال عروضا
فاخذه وباعها لا ينتقض المضاربة اتفاقا لانه متى كان المال عروضا لا يملك رب المال
نقض المضاربة نصا فكذا لا يملكه ضرورة وكذا لو دفعها استعانة منه في العمل فالعقد
باق اتفاقا ولو دفع المضارب المال الى آخر مضاربة بغير اذن من رب المال فهلك المال
في يد الثاني فالاول اي المضارب الاول ضامن لرب المال عند ابي حنيفة رحمه الله ان ربح المضارب
الثاني وقالا لا يضمن الا ان عمل ربح او لا لان مجرد الدفع الى الثاني ايداع في الحقيقة فلا يجب الضمان
به رب المال وانما يخالفه لو انعقد صحيحة بالعمل فيه وله ان المخالفة لا تظهر بالعمل
لان الثاني صار وكيلا فيه وانما يصير مخالفا بالربح وثبت شركة الثاني فيه فاثبات الشركة
في مال الغير يكون سبب الضمان كما اذا خلط بمال غيره هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين
لان الاولى لو كانت فاسدة فسدت الثانية ايضا لانه اذا لم يكن للاول شركة في الربح
لا يمكن ان يثبت للثاني شركة فيه فلا ضمان على واحد منهما لان المضاربة متى فسدت انقلبت اجارة
معنى فصار الاول كانه استاجر الثاني العمل في مال المضاربة ولحق الاول من الضمان من اجر الثاني
يرجع به رب المال لان الاول اجير والاجير متى استاجر اجيرا للعمل الذي استوجر عليه
يكون اجر الثاني على الاول خاصة وان كانت الثانية فاسدة لا يضمن الاول اتفاقا وان
ربح الثاني لانه لا يستحق الربح وله اجر مثله فبعدما استوفى الثاني اجره يكون الربح بين الاول

ورب المال على الشرط كذا في المحيط وقيل ما ضمنا بنفس التسليم اي بتسليم المال الى الثاني
وقال زفر رحمه الله يضمن بمجرد تسليم المضارب الاول المال الى الثاني وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وهو قول الشافعي واحمد ومالك رحمهم الله كذا في العيون لان هذا الدفع لم يكن على وجه المضاربة
وهو غير ماذون فيه فيخالفه وقد علم ما بعده من البيان وقيل يتخير رب المال في تضمين ايهما شاء
من الاول والثاني اتفاقا اورده بلفظ قيل اشارة الى قول آخر وهو ان المضارب الثاني ينبغي
ان لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله لان مودع المودع كان لا يضمن عنده لكن القول با
لتخيير اشهر والفرق ان المودع كان يقبضه لنفع الاول وهنا المضارب الثاني قبض
لنفع نفسه بغير اذن مالكه فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني على الشرط
ولكن الربح لم يطب للاول لانه ملك راس المال بالضمان مستندا الى حين المخالفة فلا
يخلو من نوع خبث لكونه ثابتا من وجه دون وجه ويطيب الربح للثاني لانه لا خبث في عمله و
ان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته في ضمن العقد فيرجع عليه من العقد و
لو دفع اليه اي دفع رب المال الى المضارب وقال ما رزق الله تعالى بيننا نصفان فاذن له
اي للمضارب ان يضارب فضارب اي المضارب الاول رجلا آخر ثانيا بالثلث على ان يكون
ثلث الربح للمضارب الثاني كان نصف الربح لرب المال لانه شرط لنفسه نصف الربح من جميع
ما رزق من هذه المضاربة والسدس للاول اي للمضارب الاول والثلث للثاني لان المضاربة
الثانية صحيحة لوقوعها باذن رب المال فيكون ثلث جميع الربح للمضارب الثاني على الشرط
الاول لكونه نافذا في حقه فلم يبق للمضارب الاول الا السدس او قال رب المال حين
دفع بعبارة اخرى فلي نصفه اي نصف الربح فاذن له ان يضارب الآخر ثانيا فضارب
المضارب الاول رجلا آخر بالنصف اي نصف الربح فلا شيء له اي للمضارب الاول لانه شرط
نصف الربح لرب المال والنصف الآخر للمضارب الثاني لم يبق له شيء من الربح فيأخذ على
ما شرط في العقدين كمن استاجر خياطا بدرهم فاستاجر غيره ليخيط بدرهم فلو عطف قوله
بالنصف على قوله بالثلث فيفيد تعيين المسئلتين على وجه الاختصار لكنه لم يعلم المسئلتين
على الصورتين او ضارب المضارب الاول بالثلثين ضمن المضارب الاول للثاني
قدر سدس الربح كمن استاجر خياطا ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر اجيرا ليخيط بدرهم
ونصف لانه شرط للثاني من جميع الربح فيؤاخذ على ما شرط في نصيبه في العقدين فاذا لم

لرب المال النصف على ما شرط به النصف له فاذا شرط للثانى الثلثين لزم الضمان بالسدس
فيلزم الوفاء بما عهد وشرط ليتم له الثلثان او قال رب المال حين دفع المال ما رزقك الله بيننا
نصفان بالكاف الخطاب فضارب الاول بالثلث اخذ الثانى الثلث واقتسم المضارب الاول
ورب المال ما بقى من ثلثى الربح نصفين والفرق بين هذه وبين الاولى لان الخطاب يسند حق الربح
الحاصل للمضارب الاول ان يكون بينهما نصفين وفى الاولى شرط لرب المال نصف جميع
الربح فافترقا وتجيز ابو يوسف رحمه الله لرب المال ان يزيد فى الربح على قدر نصيب الذى
شرط للمضارب فى العقد بعد القسمة اى بعد قسمة الربح بينهما وللاخذ كل منهما نصيبه منه
وهو القياس كالعكس اى كما جاز الحط اتفاقا كذلك من نصيب المضارب فنقص سدس الربح
للاتفاق بنصيبه ويرجع كل واحد منهما صاحبه بعدما ربما زاد او حط بسبب الزيادة والحط خالفه
محمد رحمه الله ابا يوسف وفى الزيادة لان العمل كالمبيع والربح كالثمن له ونقض العقد لانه اى
حكمه بقسمة الربح لم يبق العمل حقيقة وحكما فصار الزيادة فى الربح كزيادة الثمن بعد هلاك المبيع
فلا يجوز ولو ضارب رب المال من استاجره حولا اى مسانهة ليشترى بزا فعقد عقد
المضاربة فى اثناء السنة بالنصف فعمل بها وربح فيه يعطيه ابو يوسف رحمه الله ذلك الاجير
الاجر المسمى ويجعل الربح كلها لرب المال ولا شئ له من الربح واعطاه محمد رحمه الله
ذلك الاجير ما شرط له فى المضاربة ولا ينفسخ الاجارة اتفاقا فيسقط من الاجر بقدر
مدة عمل المضاربة لانهما لما جعلا بدل منافع الاجير فى هذه ما سمينا ثم جعل بدلها
نصف الربح صح كما لو دفع اليه غيره من استاجره ما لا مضاربة صحت على ما شرط وسقط
اجره قدر مدة عمله للمضاربة وكما ان منافع الاجير مملوكة له فلا يصح دخول المال اليه
مضاربة كما لو دفعه الى عبده الغير المديون وان دفع الى رجل الفا وشرط لنفسه الثلث و
للمضارب الثلث وعلى العبد دين مستغرق قال ابو حنيفة رحمه الله ما شرط للعبد فهو لرب
المال وقالا هو للمضارب ولو شرط لنفسه الثلث الربح ولعبده الثلث وللمضارب الثلث وشرط
ان يعمل العبد مع المضارب فهو جائز والربح بينهم على الشرط كذا فى الينابيع

فصل

فى نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة ولا ينفق المضارب على نفسه من المال والحال انه
هو فى مصره اى فى وطنه الاصلى الذى ولد فيه وان كان المصر كبيرا او هو اقام فى ناحية
لان نفقته انما كانت منه لاحتباس نفسه لعمل المضاربة وما دام فى مصره غير محتبس لانه ساكن

بالسكنى الاصلى او فى مصر اتخذه دارا اى وطنا فلو انفق فى السفر من مال نفسه يرجع فى مال
المضاربة له ذلك كذا فى منية الفتاوى فلو نوى الاقامة فى مصره ولم يتخذه وطنا مثليا يجب
النفقة فيها ولا يجب النفقة للمضارب فى المضاربة الفاسدة لانه يكون اجيرا فيها والاجير
لا يوجب النفقة فاذا سافر ولو كان يوما فصاعدا وان لم يتفق شراء المتاع فى ذلك السفر
فيه اشارة الى ما ذكر فى البزازية ان خرج من العمران مع مال المضاربة سواء كان مدة سفر اولا
يلزم النفقة من مال المضاربة على ما فصل وكذا فى الخلاصة وخزانة الفتاوى ليعمل فيه نفقته
على نفسه ومن يخدمه من الطعام والشراب والركوب فى مال المضاربة استحسانا والقياس ان لا
يكون له نفقة لانه امين ووكيل فى شريك وكل منهما لا يستحق النفقة وجه الاستحسان انه فرغ نفسه
لعمل رب المال فيستحق النفقة على من له كالقاضى يستحق النفقة من بيت المال والمرأة تستحق
النفقة على الزوج بخلاف احد الشريكين لانه عامل لنفسه وعن محمد رحمه الله ان احد الشريكين اذا
سافر بمال الشركة فهو بمنزلة المضارب ينفق من مال الشركة واما المضارب فانه لا يستحق
الاجر والربح موهوم فقد يكون وقد لا يكون فلا يرضى بالعمل لغيره بدون النفقة ولا يستحق
الدواء فى مال المضاربة فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله ان اجرة الطبيب
والدواء بمنزلة النفقة لانه اصلاح بدنه وتمكنه من العمل وجه ظاهر الرواية ان الحاجة
الى النفقة معلوم وقوعها بخلاف الدواء الا يرى ان المرأة تستحق النفقة ولا تستحق النفقة
ولا تستحق الدواء ونفقة الرهن على الراهن والدواء على المرتهن بالمعروف واخرج من
مال المضاربة ما لا بد منه فى العادة اى فى عادة التجار كعلف الدواب للركوب واجرة غسل
الثياب والحمام والطلاء وان غسل الثياب فى عادة التجار لا بد منه ليزداد رغبات الناس
فى معاملاتهم ولا يعدونهم فى عداد المفاليس المضارب واكل الفاكهة كعادة التجار فى مالها
ويحسب من الربح وان لم يف عن رأس المال فلا يرجع بالزيادة لان نفقته فى مال المضاربة
لا فى ذمة رب المال ولهذا اذا سفر بها وانفق من مال نفسه فى طعامه وكسوته وغيره يرجع
على ما هالم يتلف المال قبل الرجوع لا يرجع على رب المال بخلاف ما اذا استاجر دابة ليحمل متاع المضاربة
او اشترى طعاما بها فضاع المال قبل ان ينقد يرجع على رب المال كذا فى البزازية وكذلك النورة
والدهن فى قول ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف لان ذلك من المؤن الاصلية ولانه نادر فلا يثبت
بالعادة وعند محمد رحمه الله الدهن فى المال لا يستعمل غالبا فيستحق ما لا بد منه وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله

الا احتجم واطلى او اكل منه فاكهة مثل ما يصنع التجار كان له ذلك بالمعروف بلا اسراف فان تجاوز
عما هو المتعارف من التجار ضمن لانتفاء الاذن ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلط المضارب
ماله بمال المضاربة باذنه اى باذن رب المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة واذا قدم المضارب
من السفرد ما فضل من كسوة وطعام الى المال اى مال المضاربة لان الاستحقاق انتهى بانتهاء
السفر ومثله كالغازى فى الغزاء له ان ياكل ويعلف دابته من مال الغنيمة وان بقى شيء من ذلك
يرده اليها وتبطل المضاربة بموت رب المال لان تصرف المضارب كان باذنه فاذا مات بطل الاذن
وبردته ولحاقه بدار الحرب لانه كالموت حتى يقسم تركته وقد مر الكلام فى حق المرتد فى كتاب السير
فارجع اليه وبموت المضارب لانه كالوكيل وبموت الوكيل تبطل الوكالة دون ردته اى ردة
المضارب فانها لا تبطل المضاربة لان تصرف المرتد انما يتوقف فى املاكه ومال المضاربة ليس بملكه
له فيصح تصرفه فيه لان له عبارة وبصارة فى التجارة ولا ينعزل المضارب بعزله ما لم يعلم عزله
حتى لو باع واشترى بعد عزل رب المال قبل علمه به فتصرفه جايز لانه لو انعزل بلا علمه يتضرر لان
الضمان يلزم بتصرفه بعد العزل والضرر مدفوع شرعا ولو علم المضارب عن عزله فان حال
ما فى يده من المال راس المال لم يتصرف فيه والا اى وان لم يكن مجانسا بان كان عروضا جعله
من جنس ببيعها لان قسمة الربح انما يكون بعد تعرف راس المال ولا وصول اليه الا بالبيع
ولو كان المال دنانير وراس المال دراهم فله ان يبيعها بجنسها استحسانا وامتنع من التصرف
اى تصرف راس المال واذا افترقا وفى المال ديون وربح اجبر المضارب على الاقتضاء
اى على طلب الديون منهم لان الربح فى معنى الاجرة فكان اجيرا فيجبر عليه وان لم يكن ربح
وكل المضارب رب المال فيه اى فى الاقتضاء لانه عاقد والحقوق راجعة اليه فيجبر على
التوكيل كيلا يضيع حق رب المال ولا يجبر على الاقتضاء لان الربح معدوم فكان المضارب
محضا متبرعا ولا جبر على المتبرع والواجب على المضارب دفع الموانع عن قبض رب المال
وذلك بالتخلية وان لم يوجد حقيقة التسليم ويصرف الهالك من المال اولا الى الربح لانه تابع
وصرف الهالك اليه اولى كما يصرف الهالك الى العفو فى الزكوة فان زاد عليه الهالك على الربح
لم يضمن المضارب لانه امين ولا ضمان عليه ولو اقتسما الربح قبل الفسخ اى فسخ المضاربة ثم
هلك المال كله او بعضه ترادا الربح ليستوفى المالك ماله اى ليقبض رب المال راس ماله لما روى
انه عليه السلام قال المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم

فرايضه فان فضل شيء من الربح اقتسماه ولو كان فسخا المضاربة ثم عقداها اى المضاربة
ثانيا فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى انتهت بالفسخ فهلاك المال فى العقد
الثانى لا يوجب انتقاضها

كتاب الوكالة

وهى فى اللغة الحفظ ومنه الوكيل فى اسماء الله تعالى بمعنى الحافظ قال الله تعالى وحسبنا الله ونعم الوكيل
اى نعم الحافظ ولهذا قال علماؤنا فى قال لآخر وكلتك بمالى انه يملك هذا الحفظ وقيل بمعنى الوكالة
التفويض والتسليم ومنه التوكل قال الله تعالى وعلى الله توكلنا يعنى فوضنا اليه امورنا وشرعا الوكالة
تفويض التصرف الى الغير وتسليم المال اليه ليتصرف فيه ثم للناس حاجة ماسة الى هذا العقد فيعجز
الانسان عن حفظ ماله عند خروجه الى السفر وقد يعجز عن التصرف فى ماله لقلة هدايته او كثرة
اشتغاله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة وقد عرف جوازها بالكتاب قوله تعالى فابعثوا
احدكم بورقكم هذه الى المدينة وهذا كان توكيلا منهم والسنة قوله عليه السلام وقد صح انه عليه السلام
وكل بالشراء عروة البارقى وفى رواية اخرى وكل حكيم بن حزام رضى الله عنه بشراء الاضحية ووكل
عمر بن امية الضمرى رضى الله عنه وعليه تعامل الناس فيحتاج الى التوكيل فوجب ان يشرع دفعا للحاجة
لا تصح الوكالة الا ان يكون الموكل مالكا للتصرف بان يكون حرا بالغا عاقلا او عبدا ماذونا او صبيا
لان التوكيل مستفيد لولاية التصرف من الموكل فاذا لم يكن مالكا للتصرف استحالت نيابة عنه الظاهر
ان المراد مطلق التصرف اما اريد به التصرف الذى وكل به يكون قولهما لان ابا حنيفة يجوز توكيل
المسلم ذميا ببيع الخمر ولا يجوز تصرف المسلم فيه اجماعا ويمكن ان يقال يملك المسلم فى بيعها قبل وجود النهى
فيعتبر التصرف باهلية والتوكيل فيه فاذا منع مانع شرعى يجب الاجتناب فيمتنع الاقتراب بنفسه
فبقى التوكيل لمن يجوز اقترابه على الاصل اذا لم يرد النهى فى حقه ولهذا يكره وما ذكر محمد بن يوسف فى
المبسوط من قول الذمى مسلما وصيا وفى التركة خمر فهو فى القسمة معنى الافراز والكراهة تجب فى كل معنى
المبادلة وفيها كراهة تحبها او يلزمه اى الموكل الاحكام فلا يجوز ان يكون الموكل مجنونا او صبيا
او عبدا محجورين لانه لا يلزمهم الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها والوكيل يعقل العقد
اى يعقل ان البيع سالب للملك والشرى جالب له ويقصده بالبيع ثبوت الحكم والربح حتى
لو تصرف هازلا لا يقع عن الموكل فاذا وكل الحر البالغ او الماذون من الصبى الذى يعقل لوجود
الشرايط السابقة ومن العبد مثلهما جاز لقا وكل الحر البالغ حرا بالغا او الصبى الماذون
صبيا ماذونا والعبد الماذون عبدا ماذونا ولو قال كلاهما كان اشمل ليتناول توكيل الحر

البالغ مثلا والماذون وتوكيل الماذون مثلا او وكل الحر الماذون صبيا او عبدا محجورين
عاقلين جاز لانهما اهل العبارة ولهذا القصور اهلية الصبي ولحق سيد العبد لكن العبد
اذا اعتق يلزمه تلك الحقوق والصبي اذا بلغ لا يلزمه لان العبد كان في نفسه اهلا لها وكان
المانع فيه حق المولى وقد زال ذكره بالعتق والصبي لم يكن كذلك وان كانا ماذونين يتعلق بهما
الحقوق كالحر العاقل فاذا كان وكيلا يلزمه الحقوق سواء باع حالا او مؤجلا وان كان وكيلا
بالشراء فان كان بثمن حال لزمه ايضا لانه يملكه باشتراء الحكما ولهذا يحبس بالثمن ليتوفيه
من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا يلزمه الحقوق لانه لا يملكه باشتراء الحقيقة ولا حكما فلو لزمه
العهدة لكان ملتزما مالا في ذمته مستوفيا مثله على موكله وهو معنى الكفالة فانه لا يصح منه وكل عقد
التوكيل اي النيابة بان اضاف المامور به الى نفسه او اضاف الى الموكل بكل عقد يجوز للموكل مباشرته
فان اضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل بان قال ان فلانا يستقرض منك كذا او قال اقرض
فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضفه الى الموكل يكون القرض للوكيل كذا في مجمع الفتاوى
نقلا عن قاضيخان والمشهور ان التوكيل بالاقراض جائز وبالاستقراض باطل لان التوكيل
بقبض مال الغير غير صحيح فيحمل هذا على انه اضافه الوكيل على نفسه فيكون القرض للوكيل لا للموكل
كالوكيل بنكاح امراة معينة اذا اضاف الى نفسه يكون للوكيل لا للموكل بخلاف وكيل الطلاق
والعتاق ينفذ على الموكل وان اضاف الى نفسه لان عهدتها على الموكل على كل حال والفرق انه
في الطلاق والعتاق اضاف الى الموكل معنى لانه بناء على ازالة ملك المتعة والرقبة وهو يملكها
الموكل واما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان الوكيل من جانبها واضاف الى نفسه
بخلاف الاضافة الى المراة معنى لان صحة النكاح تملك البضع وذلك لها فكانه ملكتك بضع
موكلي كذا في البزازية وكذا ذمة الوكيل قابلة للقرض فيجب اضافته الى الموكل ولا يجب اضافة الاقراض
على الموكل لان هذا مبني على ملك المقرض فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع عديدة في التوكيل
بالاستعارة والاعارة والهبة وقبولها وامثالها ويجوز التوكيل بالخصومة والدعوى في
سائر الحقوق اي جميعها وبايفائها واستيفائها لان الموكل قد لا يهتدي الى وجه الخصومة
والدعوى والطريق الايفاء والاستيفاء كما سبق فيحتاج الى التوكيل الا في الحد والقصاص
سواء كان من قبل المدعي والمدعى عليه فلا يجوز للوكيل استيفاؤهما عند غيبة الموكل عن المجلس
لانهما يندرئان بالشبهة وهي عند الموكل ثابتة عند غيبة الموكل لان الظاهر العفو اذا عاين

العقوبة او كذب الشهود او المقر لانه مندوب اليه في الشرع بخلاف ما اذا حضر لانتفاء هذه
الشبهة وبخلاف غيبة الشاهد حيث لم يكن شبهة رجوعه لان الظاهر عدم الرجوع والحجة
ثابتة الى الاستيفاء وليس كل احد عالما بطريق الاستيفاء فلو منع ادى الى الحرج وقال ان فيه
ولمحمد ... يصح الاستيفاء وان غاب الموكل الا رواية عن محمد وقولهما ان فيه
كذا في العيون وكذا لو كان وكيلا من قبل المدعى عليه فربما ياخذ الرشوة ويتهاون في الدفع
والتوكيل باثباتهما اي اثبات الحد والقصاص جائز عند ابي حنيفة ... ثم يستوفي الموكل
بخلاف ابو يوسف ابا حنيفة ... في هذا القول وقال لا يجوز اثباتهما ايضا باقامة الشهود
وهو قول زفر ... وكذا التوكيل بدفعهما لان الوكيل بمنزلة البدل ولا مدخل في هذا الباب
ولهذا لا يثبت ببدل الحجة وهي الشهادة على الشهادة احترازا عن زيادة التهمة فلا يثبت
ببدل في الخصم كيلا يوكل جاهلا لا يشتغل بالتلبيس في تصوير الباطل بصورة الحق وكذا لو كان وكيلا
من قبل المدعى عليه فربما ياخذ الرشوة ويتهاون في الدفع وقيل الخلاف بينهما في الغيبة
اي غيبة الموكل دون حضرته لانه لو كان حاضرا يجوز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى
الموكل فكانه يتكلم بنفسه لان كلام الوكيل فيما لا يرجع العهدة على الوكيل ينتقل الى الموكل عند
حضرته كما في باب النكاح والقولان روايتان عن محمد ... لابي يوسف ان خصومة الوكيل
بدل عن خصومة الموكل وفي بدل الشبهة فلا يثبتان بالشهادة على الشهادة وله انهما يثبتان
عند القاضي بحجة كاملة لا شبهة فيها والخصومة شرط محض والشبهة فيها لا يمنع ثبوتهما وقضاء
للخصم اذا كان صحيحا معتبرا في التوكيل بالخصومة سواء كان من جانب المدعي والمدعى عليه
شرط اللزوم ولا خلاف في الجواز كذا في الهداية اي لا يجب على الخصم قبول الوكيل حتى لو كان لبعض
خصمه بتوكيله يرتد برده ولا يلزم عليه الجواب عما قال فلا يسقط حقه في طلب حضور الموكل
والجواب بنفسه لو رضي ثم ادعى عند لاو لو ... ثم رضي بها فقال لا ارضى ان ذلك كذا في القنية
وعندهما يلزم بلا رضى الخصم وهو قول ان فيه ولمحمد ... لما روى ان عليا رضي الله عنه وكل
الخصومة مطلقا ولانه توكيل لما هو حقه فيجوز بغير رضاه كالتوكيل بغير رضاه بقبض
الدين ويستوي فيه الوضيع والشريف والرجل والمراة وبه اخذ ابو القاسم الصفار وله
قوله عليه السلام يا علي لا تقض لاحد الخصمين حتى يحضر الاخر وفي رواية حتى يسمع كلام الاخر
لان الوكيل قد يكون اشد خصومة والد انكارا فيتضرر به خصمه فشرط الرضى كالحوالة

بالدين وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في
اباء الوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني ان في كله مفوض الى راي
القاضي وهذا قريب الى الاول كذا في قاضي خان والخزانة الا ان يكون الموكل مسافرا اي
غايبا مدة السفر او مريضا لا يقدر على المشي او امراة مخدرة وهي التي
لم تخالط الرجال بكرا كان او ثيبا وقال ابو بكر الرازي يلزمه التوكيل لانها لو حضرت لا
تنطق بحقها لغلبة الحيا فيلزم توكيلها قال صاحب الهداية وهذا شيء استحسنه المتاخرون
وعامة المشايخ اخذوا بهذا وعليه الفتوى وكذا لو علم القاضي ان الموكل عاجز
عن البيان في الخصومة ينبغي ان يقبل منه التوكيل ولو اقر الوكيل بالخصومة على موكله في
مجلس الحكم بان قال الطالب موكله قبض هذا المال قضي بذلك على الموكل وكذا لو كان وكيلا من
قبل المدعى عليه فاقر بالمال على موكله الخصم اعتبرنا استحسانا وقال زفر رحمه الله لا يعتبر قياسا
وهو قول الشافعي وقول ابي يوسف اولا لا يصح اقراره في الوجهين جميعا وجه القياس
انه وكله بالخصومة لا بالاقرار كما لا يملك المصالح وكما لا يصلح وكما لا يصح اقرار الاب والوصي و
لنا ان حقيقة الخصومة مهجورة شرعا فيحمل على الجواب اقرارا او انكارا والموكل كان مالكا
لكلا الجوابين وكذا نايبه ولا يشترط ابو يوسف رحمه الله في صحة اقرار الوكيل المجلس ومحمد وقوله
آخرا لان اقرار الموكل كان نافذا على نفسه اين ما كان فكذا اقرار نايبه ولهما انه انما يصير جوابا
منه عند دعوى الخصم في مجلس القاضي بدلالة العرف فلا ينفذ في غيره لانه غير مامور به الا انه
اذا ثبت بالبينة عند القاضي اقراره في غير المجلس اخرجه القاضي عن الوكالة ولا يسمع خصومته
لمكان التناقض ونحن جعلنا الوكيل وكيلا بالقبض لان تمام الخصومة بالقبض والمالك للشي
مالك لتمامه وقال زفر والثلثة لا يكون وكيلا بالقبض ويفتى بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة
في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض وفي الفتاوى الصغرى لو قال وكلتك
بالخصومة في كل حق لي قبل اهل بلدة او على الناس كذا يكون وكيلا بها في حق الموجود وفيما يحدث بعد
التوكيل استحسانا ولو قال قبل فلان يكون وكيلا في الموجود فقط كذا في الخلاصة وذكر شيخ الاسلام
انه اذا وكله بقبض كل حق له على فلان يدخل القايم والحادث ايضا فانه ملحق عند الفتوى وفي المنتقى
وكل بقبض كل دين له يدخل الحادث ايضا كما لو وكل بقبض غلته يدخل الحادثة ولو وكله باجارة كل

كل دابة او عبد في ملكه دخل القايم لا الحادث وعن الامام انت وكيلي في قبض مالي على الناس لا يدخل الحادث
ولو وكله بكل حق له وبخصومته في كل حق له ولم يعين به جاز كذا في البزازية والوكيل بقبض الدين وكيل
بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله كالوكيل برد العيب حتى اقام المديون بينته ان صاحب الدين ابراه
او استوفاه قبلت بينته لان قبض الدين غير متصور وانما يقتضي بمثله لان المقبوض بدل حقه
لا عينه فكان التوكيل بقبض الدين توكيلا بتملك بدله بطريق المعاوضة فلا يتمكن من ذلك الا باثبات
الخصومة فصار كالوكيل بالقسمة والرجوع في الهبة فان لهم ان يخاصموا ويقبضوا وقالا لا يكون
وكيلا بها لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا بها فلا يكون خصما كالوكيل بقبض الوديعة
والوكيل بالرد بالعيب هذا الخلاف في وكيل الداين اما اذا وكل القاضي بقبض دين الغايب لا يكون وكيلا
بالخصومة اتفاقا كذا في الخانية وقولهما رواية عن ابي حنيفة رحمه الله او وكل بقبض العين لا يكون
وكيلا بها اي بالخصومة اتفاقا لان قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول وهذه المسئلة على
المسئلة لا عطف على بقبض الدين حتى يكون التقدير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بها فيكون
الجملة اسمية فكيف حمله على الوفاق فلا مواخذة في العبارة كما قلنا ولو سلم فالدلالة على قول ابي حنيفة رحمه الله
اذا كان الخبر جملة لقاليا اخذ المبتدا خبره فاذا اخذه لا يكون دالا على قوله يعني من تتبع كلام المصنف
الا انه لم يستثن عن الاوضاع الدالة على قوله اعتمادا بالمثال ولعلة كالوصف بالجملة الفعلية
كقوله مسافر سفر ولقوله اقر ببيت معين قدره عشرة اذرع ولو ادعى انه وكيل الغايب بقبض دينه
فصدقه الغريم امر بالتسليم اليه اي امره الحاكم بتسليم الدين اليه فاذا حضر الغايب فان صدقه المدعي
الوكيل فيها ونعم والا اي وان لم يصدقه سلم الغريم الدين اليه ثانيا لما انكر التوكيل لم يثبت استيفا
الدين ورجع الغريم على الوكيل ان كان ما دفعه اليه قايما في يده لان غرض الغريم من الدفع الى
الوكيل ان يبراء ذمته من الدين ولم يحصل ولو ان سكت في يد الوكيل بلا تعد منه لم يرجع عليه
بشيء لانه بتصديقه كان معترفا بانه قبض حق فلا يرجع عليه بعد زواله الا ان يكون دفعه اليه
مضمنا له بان قال الغريم بعد التصديق لا امن ان حضر الغايب فانكر فحلف فاخذ مني ثانيا وقال الوكيل
انا ضامن بما دفعته اليه فيصح الكفالة لاضافته الى حالة القبض كالكفالة بما ذاب له على فلان او
دفع اليه غير مصدق في الوكالة فهذا يتناول صورة السكوت والتكذيب انما دفع على ادعائه
رجاء على ان يجيز الغايب فلما حضر ولم يجز انقطع رجاؤه فلما اخذ الغايب من الغريم رجع على
الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة ولو انكر الغريم الوكالة عن الغايب في قبض الدين واقر بالدين

واراد الوكيل تحليفه على ذلك فتحليفه على نفي العلم بوكالته ساقط عند ابي حنيفة رحمه الله لان التحليف حق
وكون الوكيل خصما لم يثبت فلا يكون له التحليف ويحلفه ابو يوسف رحمه الله الوكيل فان حلف الغريم برئ
ولو نكل قضي عليه بالمال وهو الظاهر لان الوكيل ادعى على الغريم امرا لو اقر به يلزمه الدفع فاذا انكر
حلف كسائر الدعاوى ولو ادعاها اي الوكالة عن الغائب بقبض وديعة كانت في يد الحاضر لم يؤمر
المودع بدفعها اي الوديعة الى الوكيل وان صدقه المودع في انه وكيل بقبضها لان ذلك اقرار على
الغير فلا يعتبر بخلاف الدين لانه كان خالص ماله واذا لم يؤمر حتى ضاع في يده قيل لا يضمن وكان
ينبغي ان يضمن لان المنع من الوكيل في زعمه كالمنع من المودع وهو موجب للضمان فكذا المنع
من وكيله ولو سلم الوديعة اليه ثم اراد الاسترداد ذكر شيخ الاسلام لا يملكه لانه ساع في نقض ما اوجب
اعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل بالبيع كقبض المبيع ومطالبته بثمن المشتري والمخاصمة
في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل مدعى وولاية في هذه الامور ولاية لكن لا يجب
عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل وفي النوع الاخر
الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتهما وكمن تعلق حقوق
العقد فيما يضاف الى الوكيل نفسه اي الوكيل اي لا يحتاج فيه الى ذكر الموكل فيكفي ان يقول
الوكيل بعت واشتريت في البيع والشراء عن الموكل وان باع بحضرة الموكل فلا تنتقل الحقوق
الى الموكل ما دام الوكيل حيا وفي البزازية ان باع بحضرة موكله فالعهدة على الوكيل وحضرة الموكل
وغيبته سواء وان اضافه الى الموكل لا يجوز لانه يكون رسولا وذكر في الشافي وكيلا بشراء
العبد جاء الى الحاكم فقال للمالك بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لانه
خالف حيث امر ان لا يرجع اليه العهدة وقد رجع قال ابو القاسم الصفار والصحيح ان الوكيل
يصير فضوليا وقف على اجازة الموكل نقله البزازية وما ذكر في جامع الفصولين الوكيل بالبيع
وشراء لو اضاف العقد الى موكله لم يرجع حقوقه الى وكيله فلا بد وان يحمل على الرسالة لا بالوكالة
نفي القول ان الشافعي رحمه الله فانه قال يرجع الحقوق الى الموكل وهو قول مالك واحمد رحمهما الله لانها تابعة
للملك وهو ثابت للموكل فكذا توابعه ولنا ان العقد صادر من الوكيل حقيقة وحكما فلذا
استغنى عن اضافة العقد الى الموكل فحقوقه يتعلق به والملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل
كالبيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار وهو يجري مجرى البيع فيسلم المبيع ان كان وكيلا
بالبيع والثمن ان كان وكيلا بالشراء ويتسلمها اي يقبضها ويخاصم في العيب ولو طلب الموكل الثمن

اي ثمن ما باع وكيله من المشتري جاز له المنع لان الموكل اجنبي عن العقد والدفع اي دفع الثمن
الى الموكل وينقطع عنه اي عن المشتري مطالبة الوكيل لو دفع الثمن الى الموكل لان الحق وصل
الى صاحبه فلا فائدة في نزعه منه ثم دفعه الى الوكيل ويتعلق الحقوق فيما يضاف من العقود
الى الموكل به اي بالموكل يتعلق كالنكاح ولو اضاف الوكيل الى نفسه يكون منكوحة له او
الخلع والصلح عن النكاح وعن دم العمد كالعتق على مال والكتابة والهبة والصدقة والايداع
والرهن والاقراض ولم يذكر الاستقراض بناء على ما قالوا ان الوكالة في الاستقراض باطل
والحق الاضافة الى الموكل واجب فيه كما في اكثر من الاشباه فيكون بمنزلة الرسول فما الفرق
بينه وبين غيره واعلم بان للعقد اما حقوق يرجع الى الوكيل كالبيع والشراء واخواتها او
يرجع الى الموكل كالنكاح والصلح عن انكار او لا يكون حقوق بل ينتهي الوكالة بمباشرة الموكل
به كالطلاق والعتاق والتدبير فان الوكيل فالاضافة الى الموكل لان الوكيل في امثال هذه
سفير ومعتبر فالعلم بالوكالة فيها يكفي والشركة والمضاربة فان الوكيل يضيف هذه العقود
الى موكله كان خالعتك لاجل موكلي كذا واعلم ان التوكيل في العقد اقامة الغير مقام نفسه فيه
فلا بد وان يصدر عن الوكيل شطر احدى العقد منه من ايجاب وقبول حتى لو قال خالعتك موكلي
بكذا وقال الاخر قبلت ينبغي ان لا ينعقد الخلع لان هذا حكاية لفظ الموكل لا ايجاب منه وكفى
في الاضافة الى الموكل الاشعار بان العقد له صريحا او دلالة وكذا في امثاله لان احكام
هذه العقود لم ينفصل عن اسبابها ولم ينتقل الانتقال فاذا وجد عقد منها وجد حكمه فلم يستغن
من الاضافة اليه فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيلها بتسليمها او ببدل الخلع وحق
الرجوع في الهبة والقبض اذا وكل بقبول الهبة والصدقة وقبض العارية وغيرها والوكيل في
هذه الاشياء بمنزلة الرسول لا يتعلق بشيء من الحقوق ولهذا اذا قبض وفعل ما امر به لا يرد
شيئا من ذلك الى يد الموكل الاصل فيها ان امكن انعقاد حكمه بين الوكيل والموكل ينعقد للموكل
اذا اضاف الوكيل الى نفسه والا يكون لمن اضيف اليه سواء كان وكيلا او موكلا وشرطه ان لا يخالف
المأمور للآمر فاذا خالف امره بان يخالف شيئا مما ذكر وهو يضر للآمر كزيادة المهر لا ينعقد وان اضافه
الى الآمر اعلم ان هذا المقام لا يتضح حق الاتضاح الا بتفصيل ما ذكر في شرح المبسوط
ولو وكل بان يخلع امراته على عبد معين لها وخلع بها الوكيل على العبد المذكور لكن يعطي مائة
درهم من قبل الزوج للمرأة فابى الزوج ان يلتزم بطلت حصتها من العبد ولو ضمن الوكيل

الوكالة الا انه لها لزمته ولا يرجع على الزوج لانه ضمن بغير امره لان ضمان البدل في باب الخلع
من الوكيل صحيح فيكون متبرعا في المائة ويصح الخلع لانه لا ضرر للآمر ولئن خالف امره كما اذا
خلع باقل مما سماه الامر ولو وكل رجل رجلا بان يصالح عنه رجلا ادعى عليه دعوى من عين او دين
وهو ينكر بمائة فصالحه على خمسين فهو جائز والمال على الآمر دون الوكيل لانه يضيف العقد الى الموكل
بان يقول صالح فلانا عن دعواك على هذا وفي مثله العاقد سفير ومعبر ويكون المال من وقع
له دون الوكيل وان اضاف الى نفسه يصح الصلح والمال على الوكيل وكذا لو وكل الوكيل وكيلا آخر
للصلح فصالحه على الوجه المذكور يكون بدل الصلح على الوكيل المخالفته امره لانه لم يا... حتى لو
اعطاه الوكيل الاول المائة التي صالح عليها له ان ياخذ من الوكيل ويكون الوكيل متطوعا في الصلح
جائز ولو وكل رجل رجلا بعتق عبده على مال او عين فلم يعتقه في ذلك المجلس او بعده لا
الوكيل مطلقا وليس للموكل قبض المال او العين من الوكيل لان العتق تبرع وان كان بمال و
الوكيل بالتبرع نايب محض وان العتق هو المولى دون الوكيل فثبت الولاء للمولى دون الوكيل
فينتهي حكم الوكالة بالعتق فيكون عتقه كعتق المولى ولا يطالب بشي من جهة العبد ايضا ولو
دبره الوكيل لم يصح لانه تصرف سوى ما امر به ولو وكل رجلا بان يسأله العتق على مال ففعل ذلك
الوكيل من المولى فالعتق جايز والمال على العبد وليس على الوكيل شي لانه سفير محض بمنزلة
الوكيل من جانب المولى وانه ليس اليه من قبض المعقود عليه شي ولا يتوجه عليه المطالبة بتسليم
البدل كالوكيل من جانب المولى وكذا وكيل الواهب بتسليم الهبة والموهوب له بقبضها او وكلا
بعقد الهبة جاز وليس لوكيل الواهب ان يرجع في الهبة سواء وكيلا بالتسليم او بعقد الهبة
لانه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ويكون هذه الهبة تبرعا معتبرا من جهة
الموكل دون الوكيل فكما جاز عقد الهبة وسلمت انتهت الوكالة والتحق باجنبي ولو اراد الواهب
ان يرجع في الهبة وهو في يد وكيل الموهوب له لم يكن له ان يرجع ولم يكن الوكيل خصما له فيه
لان يد الوكيل ليس كيد الموكل والعوض مقصود من جانب الموكل دون الوكيل وهو نايب محض
فانتهت الوكالة بقبضه الا يرى انه لا يستغني عن الاضافة الى الموكل فيقول سلم الي ما وهبته
لفلان ولا يقول ما وهبته لي وكذلك الوكيل لا يستغني عن الاضافة الى الموكل بان يقول هب لفلان
كذا حتى لو قال هب لي كان العقد للوكيل دون الموكل وكذا حال الصدقة بلا فرق والوكالة في
قبض الوديعة من المودع ولدفعه الى المودع جايز الا انه سفير فاذا خالف امره يكون باطلة

وكذلك المال في القرض الا ان الوكالة قد انتهت بمباشرة الموكل به وكذا الحال في تسليم الرهن
الى المرتهن وقبضه منه وكذا الوكالة من جانب المرتهن لقبضه من الراهن وتسليمه اليه
وفي جميع هذه الصور يكون الوكيل رسولا في المعنى واذا خالف امره يكون عاقلا لنفسه فهذه
الصور لا يملك الوكيل اثبات اليد في الموكل به وبالاستقراض لا يثبت الملك للموكل الا اذا
بلغ على وجه الرسالة وفي السير الكبير في باب الوكيل الرسول في النكاح والطلاق والعتاق
والبيع اذا اخرج الكلام مخرج الوكالة بان اضاف هذه التصرفات الى نفسه فقال تزوجت
فلانة منك طلقتك او عتقتك بعتك لا يجوز هذه التصرفات لانه رسول والرسالة لا تتضمن معنى
الوكالة لانه فوق الرسالة وان اخرجه مخرج الرسالة فقال ان فلانا يقول طلقتك بعت منك
الى آخر جاز ذلك كله على المرسل والوكيل في البيع اذا اخرج الكلام مخرج الرسالة لا ينفذ بيعه
لانه خالف امر الموكل حيث امره ان لا يرجع العهدة اليه وقد رجع اليه ولا ينفذ على الوكيل لانه
اضاف الى الموكل والوكيل بالطلاق والعتاق اذا اخرج الكلام مخرج الرسالة وقال ان
فلانا امرني ان اطلق او اعتق الى آخره ففعل ذلك نفذ تصرفه على الموكل لان عهدة هذه التصرفات
على الموكل على كل حال ولو اخرج الوكيل الكلام في النكاح والطلاق والعتاق مخرج الوكالة
بان اضاف هذه التصرفات الى نفسه صح الا في النكاح والفرق بين الوكيل بالنكاح وبين الوكيل
بالطلاق والعتاق ان في الطلاق والعتاق اضاف الى الموكل معنى لانه يبتني على ملك الرقبة
وانه للموكل في الطلاق والعتاق واما في النكاح فنفعة الوكيل قابلة المهر حتى لو كان الوكيل بالنكاح
من جانب المرأة واخرج الكلام مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لانه يصير مضافا الى المرأة معنى
لان صحة النكاح باعتبار ملك البضع والبضع ملك المرأة فصار كانه قال ملكتك بضع موكلي
كذا في الخلاصة **فصل** في التوكيل بالشراء وفي الاصل الجهالة في الموكل به ثلثة انواع فاحشة
ويسيرة وما بينهما الا فاحشة الجنس كالتوكيل بشراء ثوب او دابة او مملوك فانه لا يصح
وان بين الثمن لانه لا يمكن الوكيل الامتثال بما وكل به لتفاوته تفاوتا فاحشا والثانية جهالة
النوع والصفة كالحمار والفرس وقفيز حنطة وثوب هروي ومروي فانه يصح بين الثمن او لا
بالاجماع الا في قول من الشافعي رحمه الله ورواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الوكيل يقدر على تحصيل مقصود
الموكل بتعيين الصفة بحال الموكل واختلاف الصفة لا يوجب اختلاف المقصود والثالثة بين
النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او جارية او دار ان سمى الثمن فيه صح والا فلا لان المنفعة

معصودة من بني آدم ويختلف ذلك في الهندي والتركي فاذا سمى الفرس الحقناه بمجهول النوع وان لم
يسم الحقناه بجهالة الجنس لان بالتسمية يصير معلوم النوع فان ثمن كل نوع معلوم عادة وفي الحفظ
ان بين الثمن او المقدار جاز واشار المص الى تفصيل ما ذكر فقال اذا وكل الرجل رجلا بشرى شي
ذكر الموكل جنسه ككونه عبدا او ثوبا فلابد من ذكره والا يكون الجهالة فاحشة فلا يصح التوكيل
وان بين مبلغ ثمنه ونوعه ككون العبد تركيا او حبشيا وثوبا هرويا او مرويا او ذكر جنسه
ومبلغ ثمنه كقوله اشتر لي فرسا بكذا فان جهالة نوعه يندفع بذكر مبلغ ثمنه لكونها يسيرة
حتى قال قاضي خان قد يندفع جهالة النوع بحال الموكل وان لم يبين الثمن كما قال واحد
من العوام اشتر لي فرسا فاشترى فرسا يليق للملوك لا يلزم الامر او وكل القاضي بان يشترى
حمارا للركب فاشترى حمارا مقطوع الذنب والاذنين لا يلزم الآمر وفي المنتقى لو قال اشتر لي
دارا بالف درهم لا يجوز وان قال بالكوفة يجوز وعلى قول المتاخرين يشترط بيان المحلة لانها تختلف
باختلاف المحال وما سمي من الثمن يوجد الدار في كل محلة الا انه يفوضه اى الشراء الى رايه اى
راي الوكيل بان قال ابتع لي ما رايت ولو قال اشتر لي دارا بالف درهم ولم يزد عليه فانه نعو نقض
وان عين له ما يشتريه بان قال الموكل اشتر لي هذا الشي لم يكن للوكيل شراؤه لنفسه وان قال
اشتريته لنفسي في شراء المطلق يكون للموكل بين الثمن اولا نقد الثمن من ماله او من مال الموكل
لانه يستلزم عزل نفسه وليس له ذلك الا بحضرة الموكل وفيه اشارة الى انه لو كان الشراء بحضرة الموكل
صار مشتريا لنفسه ولو وكله بان يزوجه امراة معينة جاز له ان يزوجها لانه كان مامورا بنكاح
مضاف الى الموكل ولما اضاف الى نفسه بان قال زوجته لنفسي صار مخالفا للامر فانعزل واما
المامور بالشراء اذا كان مامورا بشراء يتعلق العهدة الى الوكيل فبالاضافة الى نفسه لا يكون مخالفا
بل ممتثلا للامر فان اشتراه الوكيل ذلك المعين بخلاف جنس الثمن الذي سماه الموكل كما اذا وكله
بان يشترى بالف درهم فاشتراه بخمسين دينارا هذا اذا كان الموكل غايبا وفي الفصل وكله بشرا
ثوب هروي بمائة فاشترى بازيد او باقل لا يلزم الآمر وفيه تفصيل ذكره في الفتاوى في مسئلة اخرى
وكله بشراء حمار بمائة فاشترى بتسعين ان تساوى تسعين لا يصح وان تساوى بمائة لزم الامر
كذا في البزازية او بغير النقدين كالمكيل والموزون او وكل الوكيل رجلا آخر بشرائه اى بشراء الشي
الذي عينه موكله فاشترى الوكيل الثاني بغير حضرة الوكيل الاول وقع الشراء له اى للوكيل الاول
لانه خالف امر الموكل لانه امره بما سماه بمباشرته بنفسه ولو اشترى الثاني بحضرة الاول جاز لحصول رايه وقع

للموكل والعهدة على الوكيل الثاني كما لو اشترى الاول بحضرة الموكل يكون العهدة على الوكيل دون الموكل
لان حضرته وغيبته سواء او اشترى الثاني بغيبة الاول ولم يكن قيل له اعمل برايك ان اجاز الموكل
جاز وان لم يعين ما يشترى ابل امر بشراء شي موصوف غير معين فاشتراه الوكيل كان ما اشتراه
له اى للوكيل الا انه يضيف الى مال الموكل او ينوي ما يشتريه له اى للموكل ان اضاف العقد الى دراهم
مطلقة وان نواه لنفسه فلنفسه لان له العمل لنفسه وللموكل فيعتبر بنيته في ذلك وان تكاذبا في النية
حكم النقد اجماعا لظهور دلالته لان الثمن وان كان لا يتعين الا انه العقد اذا اضيف اليه يكون
يكون فيه شبهة التعيين ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة والنقود
قبل التسليم الى الوكيل لا يتعين اجماعا وبعد التسليم اليه قيل يتعين حتى تبطل الوكالة بالهلاك و
قيل شراء المبتاع لا يتعين ولا تبطل بهلاكها وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو له
هو للوكيل وقال ابو يوسف انه يحكم النقد كما في التكاذب وقصر التعليل في كتاب البيوع وانما قال بضيف
العقد الى مال الموكل ولم يقل او يشتريه بمال الموكل لان الوكيل لو اشتراه لنفسه ونقد الثمن من مال الموكل
يكون ما اشتراه له لا للموكل فيكون الوكيل غاصبا فيضمن ولو اطلع الوكيل على عيب في المشترى وهو
في يده يرده بسبب العيب الى بايعه وان رضي الوكيل بالعيب لزم العقد والموكل مخير ان شاء رضي به
وان شاء الزمه الوكيل ولو هلك المبيع قبل ان يلزمه هلك على الموكل وان سلمه الى الموكل فباذنه اى يرده
باذنه لان الوكالة انتهت بالتسليم ولو وجد الموكل به عيبا بعد موت الوكيل يرده لان الحقوق
ينتقل اليه بعد موت الوكيل ان لم يكن للوكيل وارث او وصي وان توكل في اسلام اى قبل الوكالة بان
بعقد السلم مع الغير ودفع رأس المال الى المسلم اليه بقبول السلم لا يصح لان الوكيل اذا قبض رأس
المال يبقى السلم في ذمته فيكون بايعا في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز
لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز وكذا في الديون ونبه المص على ذلك لقوله
في اسلام اليه دون ان يقول في سلم لان لفظ الاسلام استدعيه وينبغي لو عقد السلم على وجه الرسالة
بان قال ارسلني اليك لتعقد السلم معك فاسلمت لاجل مرسلي اليك ان يصح كما في الاستقراض او وكل
في صرف صح لان كلا منهما عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل فيه فان فارق الوكيل في الاسلام والصرف
صاحبه قبل القبض بطل العقد لفوات شرط صحته وهو عدم مفارقة العاقد قبل القبض هذا
اذا لم يكن الموكل حاضرا في مجلس العقد فان كان حاضرا فيه فلا يضر مفارقة الوكيل لان كلامه
ينتقل الى الموكل كما في الرسول فيعتبر مفارقة الموكل فلا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد وكذا

نقد الوكيل ثمن المبيع من ماله وقبضه اي المبيع رجع به الوكيل بالثمن لان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق
يتعلق به اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو اذن صريحا ولهذا لم ينعقد الثمن وسلمه البائع
وسلم المبيع اليه فله اي للوكيل حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الثمن منه حكي عن الامام الحلواني انه ذكر لا حق
الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن ليس للاجل مانع بل لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا
المعنى لا يختلف بين نقد الوكيل الثمن وعدمه ونحن اجزنا حبسه اي حبس الوكيل المبيع لاستيفاء
الثمن من الموكل سواء دفعه الى البائع او لم يدفعه وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك وهو قول الثلاثة
لان يد الوكيل كيد الموكل معنى فكانه سلمه اليه فسقط حق الحبس ولنا ان الوكيل كالبائع و
الموكل كالمشتري وبينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن تحالفا ويرد الموكل بالعيب على الوكيل
فان هلك المبيع في يد الوكيل قبله اي قبل الحبس للثمن هلك من الموكل اي من ماله لان يد الوكيل
كيده ولا يسقط الثمن او هلك بعده اي بعد الحبس حبسنا مضمونا بالثمن لا كالغاصب نفي
لقول زفر رحمه الله فانه قال يكون مضمونا كضمان المغصوب وهو قول الثلاثة ايضا اذ ليس له حق حبسه
فبالحبس صار متعديا فيجعله ابو يوسف رحمه الله كالرهن لان حبسه للاستيفاء الثمن وهو حقه وهذا معنى
الرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن مثلا لو كان الثمن خمسة عشر وقيمة المبيع عشرة
يرجع الوكيل بخمسة على الموكل في بيت يقول بضمان الغصب والرهن ولا يرجع عند من يقول بضمان البيع
ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان
الغصب ولا يجب شيء عند من يقول بضمان الرهن او المبيع وهما كالمبيع لان بينهما مبادلة حكمية
كما ذكرنا فينفسخ العقد بهلاكه ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى بعشرين رطلا
من ذلك اللحم الذي يباع فيه عشرة منه بدرهم فاللازم للموكل عشرة ارطال بنصفه اي بنصف درهم
عند ابي حنيفة رحمه الله والزياد اي صاحباه العشرين بدرهم وهو قول الثلاثة كذا في العيون
لان الموكل ظن ان سعره عشرة ارطال بدرهم فاذا اشتراه بعشرين فقد زاد خيرا فيلزمه
كما لو امره ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولنا ان الوكيل مامور بشراء عشرة ارطال لا بالزائد
عليها فيكون الزائد له بخلاف بيع العبد لان الزائد بدل ملك الموكل خالصا فيكون له ولو وكله بشراء
جارية وسمى الجنس والثمن فاشترى الوكيل جارية عمياء او شلاء اي فاسدة اليدين او الرجلين فهو
اي الشراء نافذ على الموكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينفذ لان المتعارف شراء الجارية للخدمة
فينصرف التوكيل اليها لا الى مثلها ولهذا لا يجوز بها التكفير وكذا الخلاف لو كانت مقعدة او مجنونة

وله ان حقيقة الجارية صادقة على العمياء ويتناولها الامر عليها عملا بالحقيقة ومثلها قد يشترى
للعتق ترحما عليه فاما لم يجز التكفير بها لان الكفارة شرعت للزجر وباعتاقها لا يحصل الزجر
ولو اشترى عوراء او فاسدة اليد الواحدة او الرجل الواحدة ينفذ على الموكل اتفاقا كذا ذكره
قاضي خان في شرح الجامع الصغير رحمه الله لو قال اشتر لي جارية للخدمة فاشترى عمياء لا يلزم الموكل
ولو وكل بشراء عبدين باعيانهما اي معينين ولم يسم ثمنا لكل منهما فاشترى احدهما جاز اتفاقا
لانه اطلق التوكيل وقد لا يتفق بالجمع بينهما في الشراء او وكل بشرائهما العبدين بالف وقيمتهما سواء
فاشترى احدهما باكثر من خمسمائة فهو عليه لا لازم على الموكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه ان زاد
على قيمته ما اشتراه ما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله اي بمثل الباقي الاخر
لان غرضه تملك العبدين فاذا بقي ما يمكن شراء الاخر به تحصل غرضه فلا يكون مخالفا للامر
وان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل صح وباكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل
الخصومة وعند الثلاثة لا يصح في الكل كذا في العيون وله ان مقابلة الالف بالعبدين المساويين
في القيمة يدل على انه اراد قسمة الثمن عليهما فكانه قال اشتر لي هذا بخمسمائة وذاك بخمسمائة فاشترى
باكثر منها يكون مخالفا للامر بخلاف ما لو اشتراه باقل منها لانه خالف الى خير وبخلاف شراء الثاني
بما بقي لان غرض الامر يحصل صريحا فالعمل بالصريح اولى واما اذا لم يشتر الثاني وجب العمل بالدلالة
السالمة عن المعارضة ولو اشترى احدهما بخمسمائة او اقل منها لزم على الموكل ولو لم يبق ما يشترى
به الاخر لا ينفذ على الموكل اتفاقا او وكل بشراء هذا العبد او بيعه بالف فاشترى معه عبدا اخر لنفسي
او باع مع العبد الذي وكل فيه عبدا اخر بالفين وقيمتهما سواء فهو شراء الوكيل او بيعه
غير نافذ على الموكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينفذ لانه لما تساوى قيمتهما انقسم الثمن عليهما
نصفين وكان اتيا بما امر من شراء العبد او بيعه بالف وله ان القيمة انما تعرف بالظن فجاز
ان يكون قيمة احدهما اكثر من الاخر في نفس الامر فيكون مخالفا فلم ينفذ بالشك عليه فلو نص
على الخمسمائة بعقد بدلا لكل واحد منهما لا يمكن الزيادة قلت او كثرت كذلك هناك فان لم يخصصا
حتى اشترى بالباقي ببقية الالف فالقياس ان لا ينفذ على الامر لانه صار مخالفا وفي الاستحسان
ينفذ على الامر لان الموكل صرح في طلب العبدين بالالف والانقسام حكم الدلالة فاذا حصل
المقصود جاز وان العمل بالصريح فبطل الدلالة فلو لم يسم الثمن يجوز توكيله اتفاقا لو
كان حصة المشتري للامر من الثمن بمثل قيمته او اكثر بما يتغابن فيه كذا في الحقايق ولو كان

حصة عبد الله في صورة الشراء اقل من الالف وفي صورة البيع اكثر من الف لا ينفذ اتفاقا لان
مبنى قولهما مبني على التساوي ومبنى قوله على التكثير في التساوي او وكل بشراء عبد بالف فاتاه الوكيل
بعبد وقال اخذته اي اشتريته لك بالف فادعاه اي الالف الذي كانت ثمنه فقال الموكل بل اخذته لنفسك
فالقول للامر اي للموكل عند ابي حنيفة رح وقالا للمامور لانه امين والقول للامين مع اليمين
كما لو اعطاه الالف لان الموكل يكون مدعيا ضمان الالف عليه والوكيل منكر ولو كان العبد معينا
فان كان حيا فاختلفا فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وان كان هالكا
والثمن منقود فالقول للمامور وان كان غير منقود فللامر اتفاقا او وكل بشراء شيء معين
فاشترى بكيلي او موزون في الذمة نفذ اي انفذ نافذا على الوكيل وقال زفر رحمه الله ينفذ على الموكل
لان الكيلي والوزني لما كان دينا في الذمة فهو ثمن كالدراهم ولنا ان المطلق ينصرف
الى المتعارف وهو الشراء بالاثمان المطلقة وهي النقدان فصار كما لو كان المكيل والموزون
معينا وهذه المسئلة فيما تقدم الوكيل في شراء شيء معين واشترى بخلاف النقدين فهو للوكيل
ولم يذكر الخلاف هناك **فصل** في الوكالة بالبيع وغيره حكي عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني انه كان يذكر اصلا لتخريج هذه المسائل واحسن ما قيل فيه وهو ان الموكل متى
شرط على الوكيل شرطا في العقد ان كان ما شرطه شرطا مفيدا من كل وجه يجب على
الوكيل مراعاة شرطه اكده بالنفي ولم يؤكده كما لو قال بعه بخيار فباعه بغير خيار لما عرف
ان الشروط تراعى لو كانت مفيدة وان كان شرطا لا يفيد من كل وجه بان كان لا ينفعه
من كل وجه بل يضره فلا يجب على الوكيل مراعاته اكده بالنفي ام لا كما لو قال بع هذا العبد
بنسية او قال لا تبع بنسية فباع بالنقد فانه يجوز وان ترك شرطه لما عرف ان لا يراعى
من الشروط قطعا لا يفيد وان كان شرطا يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بان كان ينفعه
من وجه فانه يجب على الوكيل مراعاة شرطه ان اكده بالنفي وان لم يؤكده بالنفي لا يجب
كما لو وكله ببيعه وعين له سوقا فان اكده بالنفي بان قال لا تبع الا في سوق كذا فانه لا يجب
مراعاته حتى لو باعه في غير ذلك السوق جاز لان تعيين السوق شرط ينفعه وقد لا ينفعه فعلنا
بالمعنيين فالحقناه بالشروط المفيدة من كل وجه ان لم يؤكده بالنفي كذا في مجمع الفتاوى
والوكيل بالبيع والشراء لا يعقد عند ابي حنيفة رحمه الله مع اصوله وفروعه وزوجته وعبده
ومكاتبه ولو اجازه بمثل القيمة الا في العبد والمكاتب فان عقد الوكيل مع عبده ومكاتبه غير

جائز اتفاقا اذا لم يقل الموكل له بع ممن شئت ولو قال يجوز بيعه منهم لهما ان املاكهم غير
ملك الوكيل ومنافعهم غير منفعته والتهمة مرتفعة بكون البيع بمثل القيمة فيجوز مقابلته مع مولاه
بخلاف عبده لان ما في يده ملكه ومكاتبه الآن في كسبه حقا له وبالعجز يكون حقيقة فصار معاملته
معهما يكون معاملة مع نفسه من وجه وله ان المعاملة مع هؤلاء لا يعرى عن التهمة ولهذا لا يقبل
شهادتهم له والمنافع متصلة بينهم عرفا فكان بيعه بهم بيعا من نفسه من وجه وكذا الحال الشراء
منهم وبيعه اي بيع الوكيل من غير هؤلاء جائز عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا اي بالقليل والكثير
وان كان بالغبن الفاحش وقيدا بثمن المثل وبنقصان يسير يتغابن الناس فيه وهو اي قولهما
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اي رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو اي بيع الوكيل بالعرض جائز عند
ابي حنيفة رحمه الله وخصاه بالنقود وهو قول الثلاثة ونقد البلد كذا في العيون ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه ولهذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث والبيع بالعرض شراء
من وجه فلا يتناوله الامر بالبيع وله ان التوكيل وقع مطلقا فيجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة والبيع بغبن الفاحش بيع عرفا حتى لو حلف لا يبيع فباع به حنث والبيع
بالعروض متعارف عند شدة الحاجة اليه فيتناولهما الامر بالبيع وكذا الاجارة اذا
وكله ان يواجر ارضه فاجرها ينفذ مطلقا او بعرض جاز عنده وعندهما يتقيد بالنقود بمثل
كاستيجار الارض بكيلي او وزني بغير عينه اي دينا في الذمة جائز اتفاقا وكذا ان يستاجر
ارضه عند ابي حنيفة رحمه الله عملا باطلاق الوكالة وخصاه اي استيجار الارض بالوكالة بالنقدين
لانهما هي المتعارفة ولو استاجرها بكيلي او وزني بعينه لا يجوز اتفاقا وخصاه ايضا
في استيجار الارض بالوكالة ببعض الخارج من غلة الارض لانه حينئذ يكون مزارعة وهي جائزة
عندهما دونه عندهما ولو استاجرها الوكيل ارض الموكل مزارعة والحال انه قد اطلق اي الموكل
بالاستيجار مطلقا فهو اي الوكيل مخالف امر الموكل عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يجوز لان المزارعة
فاسدة عنده والامر المطلق انما يتناول العقد الصحيح وقالا يجوز لان المزارعة صحيحة
ومتعارفة عندهما ونحن نجوز بيعه اي بيع الوكيل نسية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
وهو قول مالك واحمد رحمهما الله لان الاصل في الثمن ان يكون حالا فاذا باع بالاجل صار مخالفا
فلا يجوز ولنا ان التوكيل مطلق والبيع بالنسية متعارف وفي العيون لو قال بعه با
لنقد فباعه بالنسية يجوز فيكون مشورة ولو قال لا تبيع الا بالنقد فباع بالنسية لا يجوز

د في المنتقى هذا اذا كان للتجارات فان كان للحاجة لا يجوز كالمرأة اذا وقعت غزلا الرجل ليبيعه
وهذا اذا باع بما يبيع الناس نسيئة فان اطال المدة متجاوزا عنه لا يجوز وبه يفتى ولو ضمن الوكيل
بالبيع للموكل الثمن عن المبتاع اى عن المشترى بطل ضمانه لانه امين وبالشرط لا يكون مضمونا عليه
كالوديعة والمضاربة ويجوز للوكيل بالشراء العقد ان يشترى بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في شراء الحيوان ودرهمين في شراء العقار
وهذا رواية الحسن زياد عن نصر بن يحيى وهذا بيان في الغبن اليسير وتحمل هذا المقدار من الغبن
في هذه الاجناس على الترتيب وانما قدر هكذا لان اكثر الغبن يوجد فيما يكون قليل التصرف فبيع
العروض كثير وبيع الحيوان متوسط وبيع العقار قليل وما زاد على هذا المقدار في هذه الاشياء
يكون فاحشا فالاوجه ان يقال الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فلو اشترى با
لغبن الفاحش في هذه المذكورات لا ينفذ على الموكل لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه
فلما راى خسرانا نسبه الى الموكل هذا اذا كان ما وكل فيه غير متعين فان كان متعينا ينفذ
على الموكل لانه لا يجوز له ان يشتريه لنفسه فانتفت التهمة وهذا اذا كان سعره غير معروف بين الناس
ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا كان معروفا كالخبز واللحم وغيرهما لا يتغابن فيه
لا ينفذ على الموكل وان كان فلسا والمتصرفون على مراتب منهم من يجوز بيعه وشراؤه بالمعروف
وذلك بيع الاب مال ولده الصغير وبيع الجد ابا الاب وان علا عند عدم الاب وبيع المريض
والغبن اليسير معفو عنه ومنهم من يجوز بيعه في الاحوال كلها وذلك بيع الحر البالغ العاقل ماله
نفسه وشراؤه له ومنهم من يجوز بيعه وشراؤه كيف ما كان عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما
الا بالمعروف وذلك بيع المأذون والمكاتب في شرائهما فان عنده يجوز لهما ان يبيعا ما يساوي
ومنهم من لا يجوز الغبن اليسير منه عفوا
الفا بدرهم وان يشترى بالف ما يساوي درهما بالف وعندهما لا يجوز كلاهما الا بالمعروف ومنهم
من لا يجوز الغبن اليسير منه عفو وذلك بيع المريض ان كان فيه محاباة يسيرة وعليه
دين مستغرق بجميع ماله والمشتري بالخيار ان تمم قيمته واخذ وان شاء فسخ البيع
وكذلك ان باع بعض ورثته وليس عليه دين فانه لا يجوز عفوا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمشتري
بالخيار ان تمم قيمته واخذ وان شاء فسخ البيع وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع المريض من وارثه
وان باعه باكثر من قيمته الا ان يجيز بقية الورثة وان باع وصي التركة بغبن لقضاء دينه
جاز ويجعل ذلك عفوا كذا في الينابيع ولو وكل ببيع عبده كله فباع نصفه فهو اي البيع جائز

عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان باع الباقي قبل الخصومة يجوز اتفاقا والا فلا وهو قول الثلاثة كذا
في العيون لانه اذا باع النصف الاخر قبل ان يختصما يحصل غرض الموكل وبعد الاختصام في النصف الاخر
يظهر مخالفته وكان التوكيل مطلقا فتناول البيع جملة ومتفرقا او وكل بشراء اى بشراء عبد كله
فاشترى نصفه توقف شراؤه فان اشترى الباقي قبل الخصومة نحو الرضا لزم الموكل وقال زفر رحمه الله
يلزم الوكيل في كلا الوجهين وهو قول الثلاثة الا في قول من ائمتنا ولمحمد رحمه الله في رواية كذا
في العيون لانه كان مامورا بشراء الكل وشراء النصف تعيب بعيب الشركة فيكون للوكيل ولنا
ان شراء الكل قد يتفق جملة ويكون شراء البعض ليه فيتوقف الامر فان اشترى الباقي قبل الاختصام
حصل مقصود الموكل وان اشتراه بعد تباين مخالفته فيلزم على الوكيل والفرق لابي حنيفة رحمه الله
بين هذه المسئلة والتي قبلها ان المبيع ملك الموكل فاعتبر فيه اطلاقه والشراء يصادف ملك الغير
فلم يصح فيه اطلاقه ولا تقييده ولو اعتقه الامر حال التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف رحمه الله لان العقد
كان موقوفا على اجازة الموكل دون الوكيل فالاعتاق اجازة دلالة فينفذ ولا ينفذ اعتاق
الوكيل وعند محمد رحمه الله ينفذ اعتاق الوكيل لان العقد انما توقف لتوهم دفع المخالفة بشراء الباقي
فلما اعتق الوكيل تاكد مخالفته فنفذ عتقه لمصادفة ملكه كذا في النهاية او وكل ببيعه اى
ببيع عبد في السوق فباعه الوكيل في البيت نحو اجزناه وقال زفر لا يجوز لانه خالف حقيقة
ولنا ان هذا التقييد غير مفيد فلا يعتبر فصار كانه اطلق وكذا لو قال بع في هذا السوق
فباعه في سوق آخر واما لو قال لا تبع الا في هذا السوق فباعه في سوق آخر لا يجوز اتفاقا كذا
في الخلاصة ولو قال وكلتك بعبدي اليوم فباعه غدا يجوز ولو قال بع عبدي غدا ففعل اليوم
لم يجز ولو وكل بالبيع مطلقا ثم قال لا تبع اليوم فباعه غدا من غير تجديد الوكالة جاز وكله
ببيع عبده بمائة دينار فباعه بالف وقال بعت عبدك ولم يذكر ما باع ولم يعلم به الموكل فقال
اجزت جاز بالف كذا في البزازية ولو خالف الوكيل الى الخير نحو انفذناه على الآمر و
قال زفر لا ينفذ لانه خالفه ولنا انه وفقه معنى لانه فعل ما امر به مع زيادة هذا اذا خالف الى
خير في الوصف والقدر ولو كان الخلاف في الجنس كما لو وكله ببيع بالف درهم فباعه بالف دينار لا ينفذ
وان كان خيرا في الزيادة ولو امره اى الوكيل بالبيع فاسدا فباع صحيحا او وقفه محمد رحمه الله
البيع الصحيح على الاجازة اى اجازة الموكل لانه امره ببيع يبقى معه حق الاسترداد وهو
القياس وهو القياس وقالا نفذ على الآمر وهو الاستحسان لانه خالف الى الخير لانه امر ببيع حرام

وقد باع بيعا حلا لا قيل هذا الخلاف لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد لكن الاصح انه لا ينفذ
اتفاقا كذا في المحيط او وكل بالبيع بخيار شهر فباعه فاشترط الوكيل ثلثة ايام فهو جايز عند ابي ح
وقالا لا يجوز وهذا الخلاف بناء على ان خيار الشهر جايز عنده فيكون مخالفة الوكيل خلافا الى شر
وهو غير جايز عندهما فيكون خلافا الى الخير ولو شرطه الوكيل بالبيع الخيار فازدادت القيمة اي
قيمة المبيع في المدة اي مدة الخيار فاجاز الوكيل البيع او سكت عن الاجازة حتى مضت المدة
فالبيع لازم عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش ابتداء فكذا انتهاء
ويلزم ابو يوسف البيع بالسكوت اي سكوت الوكيل حتى مضت المدة لان السكوت يدل على البيع فيلزم
البيع بمضي المدة واما الاجازة باللفظ فكانشاء العقد وهو بالغبن غير جايز من الوكيل
ابتداء فكذا لم يجز بالقول ونفاه بهما محمد البيع بالسكوت وبالاجازة لان كلا منهما بمعنى البيع
وابتداؤه بدون ثمن المثل غير جايز فكذا هذا ولو كان البايع وصيا لا ينفذ البيع اتفاقا
لان تصرف الوصي مقيد بالنظر ولا نظر فيه وفي المحيط الوكيل بالشراء اذا اشترى على انه بالخيار
فانتقصت قيمته في الثلثة بطل البيع بالاتفاق او وكل بعتق عبد فاعتق الوكيل نصفه فهو
صحيح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المامور باعتاق الكل يكون مامورا باعتاق النصف وقالا كله
صحيح لان الاعتاق لا يتجزى عندهما او وكل بنصفه اي وكل باعتاق نصفه فكله اي اعتق كله فهو
باطل عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن مامورا به وانفذاه اي اعتاق الكل وهذا مبني على ان الاعتاق
متجزئ ام لا ايضا فلو لم يرد في قولهما لتوهم جواز اعتاق البعض من نفي عبارة المص رحمه الله وان وقع
من اصلهما وهو اعتاق البعض اعتاق الكل او وكل بتزويج امراة ولم يسم مهرا فزوجها بغبن
فاحش فهو جايز عند ابي حنيفة رحمه الله لاطلاق التوكيل وقالا لا يجوز عندهما لان الامر محمول على المتعارف
عندهما وهو مهر المثل وانما لم يجز الغبن الفاحش في الشراء لاحتمال انه شرى لنفسه فلما علم انه
غبن الزمه للموكل وههنا لما اضيف العقد الى الموكل في النكاح انتفى التهمة بالكلية او بغير كفو ممن
تقبل لها شهادة الوكيل من النساء كبنت اخيه واخته وعمته ونحوهن فهو اي العقد جايز
عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على اصله من اجراء التوكيل على اطلاقه وقالا لا يجوز تزويجه الا
بالكفو بناء على اصلهما من تقييد المطلق بالعرف والعادة بتزويج الكفو او وكل
بتزويجها فتزوجها بغبن فاحش بكفو ممن لا تقبل شهادته فهو غير جايز عند ابي حنيفة رحمه الله
سواء ولي عليه الوكيل او لا كفوا وهي صغيرة كانت او كبيرة وكاصوله وجاريته ومكاتبه لا لان

يرضى الموكل واستثنيا وقالا لا يجوز الا ممن يلي عليها الوكيل فان كان للوكيل ولاية من تزويجها
كبنته الصغيرة فالعقد فيها غير جايز ولو كانت كبيرة وممن لا ولاية له كامه واصولها وابيه
واصوله جاز واعتبار ما يلي الا بالكفو وعدم الولاية هكذا صور في بعض النسخ وهو صحيح موافق
للمنظومة وشرح المختلف وفي اكثر نسخ المتن بهذه العبارة او بغير كفو ممن لا تقبل لها شهادة الوكيل
فهو جايز واستثنيا الا وهو غير صحيح لان الوكيل لو زوج بنته الكبيرة ممن لا تقبل لها شهادة الوكيل
فهو غير جايز عنده وعندهما كذلك لو كانت صغيرة قال في المنظومة ولو تزوج بنته منه بطل
ونجوزاه ان بلغت ثم فصل وهذه المسئلة فرع مسئلة الوكيل بالبيع لو باع ممن لا تقبل شهادته
له لا يجوز عنده ويجوز عندهما او وكل لان يزوج بهذه الحرة المسلمة ثم ارتدت فزوجها الوكيل بالموكل بعد
لحاقها بدار الحرب وسبيها منها الى دار الاسلام فهو اي النكاح جايز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
وهذا الخلاف مبني ايضا ان الوكيل يملك تزويج الامة عنده نظرا الى الاطلاق ولا يملك عندهما
نظرا الى العرف او وكله بالصلح عن دم العمد فصالح من جهة طالب القصاص وهو ولي القتيل
على اقل من الدية هذا مناسب لرواية الغير المشهورة عن ابي حنيفة رحمه الله الصلح على اكثر من الدية
لا يجوز لان الوكيل من جهة الطالب وكيل ببيعها معنى والوكيل من جهة المطلوب وكيل بشرائها
ولا يناسب الرواية المشهورة وهو تجويز الصلح على اكثر من الدية ذكر في البزازية والخلاصة
رجل قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح القاتل مع احدهما عن الدم على خمسين الف الفا وعشرين
الفا ولغير المصالح خمسة الاف نصف الدية وعن الامام ان صلح في العمد ايضا على اكثر من الدية
ولو من جنس الدية باطل كما في الخطاء لكن المشهور ان ذلك في الخطاء وفي العمد المشهور ما ذكرنا
وفي الخطاء لا يجوز على اكثر من جنس المقدارات قبل الحكم ويجوز بغير جنسه وكذا بنوع آخر
بعد الحكم وذكر ان تصرف الوكيل فيما يتصرف الموكل فيه والظاهر ان المراد من الطالب المذكور في
الكتب طالب القصاص لولا وجه لحمله من القاتل ولو وكل من جهته فينبغي ان لا يجوز باكثر من الدية
بغبن فاحش تامل والالهادى على اقل من الدية فهو اي الصلح صحيح عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
ابدا بالاقل بغبن فاحش اذ لو صالح على اقل بغبن يسير يجوز على الطالب اتفاقا وهذا بناء
ايضا على العمل بالاطلاق عنده وبالتقييد بالمتعارف عندهما ولو صالح الاب عن قصاص واجب
للصغير لا يجوز حتى يبلغ به الدية كذا في الحقايق وفي البزازية وللاب ولاية استيفاء القصاص
والصلح عنها والوصي يستوفيه فيما دون النفس ويصالح لا في النفس استيفاء وصلحا او وكل المتحرج

رجلا الصلح عن شجة موضحة لعظم شجها خطاء وما يحدث منها اى عما يحدث من الموضحة كا لسراية الى الموت
فصالح بخمسمائة فبرأت اى صارت الشجة صحيحة فلم يسر الى الموت فله للشجوج نصف عشرة اى نصف
عشر خمسمائة وهو خمسة وعشرون عند ابى حنيفة رحمه الله ويرد الباقى الى الشاج وهو اربع مائة وسبعون وقالا
كله اى كل خمسمائة للشجوج لان الصلح عن الشجة صلح عما يحدث منها ايضا ولو صالح ولم يذكر معها
ما يحدث منها فمات لا يجب شىء فلو اقتصر على الشجة كان كل البدل له فكذا لو ذكر معها ما يحدث منها
وله ان الصلح مقابل بشيئين الموضحة والنفس وارش الموضحة خمسمائة درهم ودية النفس
عشرة آلاف درهم فاذا قسم بدل الصلح عليهما يكون بازاء الموضحة نصف عشر بدل الصلح فلم
يسلم له الا هذا المقدار ويرد الباقى ولو كانت الشجة عمدا يجب القصاص ايضا ولو لم يذكر ما يحدث منها يسلم الكل
له اتفاقا

فصل في الوكيلين والعزل وبطلان الوكالة واذا وكل اثنين لم ينفرد احدهما
بالتصرف ولو كان الآخر عبدا او صبيا محجورا عليه في كل تمليك يتبدل كالطلاق بعوض و
الكتابة والعتق على مال او كل عقد فيه بدل كالبيع والاستيفاء حتى لو قبض احدهما الا ابراء
المطلوب لانه يحتاج فيه الى الراي والموكل انما رضى برايهما فلا يعقد براى احدهما وكذا لو قدر
الموكل في البيع لهما ثمنا لان رايهما لابد منه في اختيار المشترى وفيما عدا هذين الموضعين ينفرد
احدهما كالطلاق بلا عوض والعتاق الا اذا قال امرامرأتي بيدكما او قال طلقاها ان شئتما فح
لا يجوز انفراده باحدهما لان ما خرج مخرج التمليك فالمشية فيه شرط وكذلك المجلس فصار
كقولهم طلقاها ان شئتما فلا يجوز انفراد احدهما بالايقاع لوجود احد الشرطين فح وكذلك
ان ملكهما امر عتق عبده وكذلك ينفرد احد الوكيلين في رد الوديعة ورد العارية وقضاء
الدين اذ لا يحتاج فيهما الى الراى ايضا هذا لو وكلهما بكلام واحد فان وكلهما بكلامين جاز
تفرد احدهما لانه رضى براى كل منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين حيث لا يجوز
تفرد احدهما وان جعلا وصيين بكلامين في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت
صارا وصيين جملة واحدة وقالوا نحن اجزنا تفرد احد الوكيلين في الخصومة والجواب وقال زفر
لا يجوز وهو قول الثلثة لانه انما رضى باجتماعهما في الخصومة لا بانفراد احدهما قلنا ان
في الجواب يكون شغبا عند القاضى فينفرد احدهما في الجواب فهل يشترط حضور الآخر عند خصومة
صاحبه فعامة المشايخ على انه لا يشترط ولا يشترط رايهما اتفاقا ولا يملك الوكيل التوكيل
فيما وكل فيه لانه انما رضى برايه دون راى غيره فلا ينفذ عقد الثانى على الموكل وذكر في بعض الروايات

ان الوكيل بالبيع لو وكل غيره وبين له الثمن فباع الثانى جاز بيعه كما لو وكل غيره ولم يبين الثمن فباع
الثانى فاجاز الوكيل الاول بيعه والوكيل بالطلاق والعتاق لو وكل غيره فطلق الثانى او اعتق
لا ينفذ على الامر ولو كان بحضرة الوكيل لانهما يتعلقان بالشرط والامر علقه بلفظ الاول دون
الثانى كذا ذكره قاضى خان في شرح الجامع الصغير وفي المنتقى وكيل النكاح والخلع والكتابة
كالبيع الا باذن من الموكل في التوكيل لكن الوكيل بقبض الدين لو وكل من في عياله صح حتى لو قبض
فهلك في يده لا يضمن كذا في الجامع البرهانى او تفويض من الموكل بان يقول للوكيل اعمل برايك وقال
الشافعى رحمه الله ومالك رحمه الله لا يجوز التوكيل وان اذن او فوض الموكل الا ان يعجز عن مباشرته بنفسه كذا في
وقال ابن ابى ليلى يجوز على كل حال لان الوكيل على كل حال قام مقام الموكل فيملك مباشرته الموكل كما
لو قال له اعمل ما صنعت من شىء فهو جائز ولهذا كان للعبد المأذون وللمضارب ان يوكل غيره فاذا
وكل الوكيل آخر باذن او تفويض يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك عزله الاول ولا ينعزل
بموته وهو نظير بخلاف القاضى حيث لا يملك الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى ولا بموته و
انما ينعزل بعزل الخليفة فان لم يوجد من الموكل اذن ولا تفويض فوكل الوكيل آخر فان عقد
الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول نحن اجزناه وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو قول الثلثة لان
وكالة الثانى غير صحيحة ولنا انه لو احضر عقد الثانى ولم يمنعه وجد رايه فكان ذلك هو المقصود
للموكل وفي النوازل عن الثانى وذكر القدر والوكيل الاول بين الثمن او الموكل فباعه الثانى به صح
وان لم يحضر الاول ولو باع الوكيل الثانى بغيبة الوكيل الاول ولم يقل الموكل له اعمل برايك ان اجاز
الموكل جاز وان لم يجز لم يجز بين الثمن جاز كذا في الخلاصة وقال الطحاوى انه لا يجوز بغيبة الاول وان لم يجز
الاول او الموكل وذكر شيخ الاسلام ان بيع الثانى وان بحضرة الاول لا يجوز بلا اجازة وذكر
الكرخى رحمه الله في المسئلة اختلاف الرواية والجواز بحضرة الاول محمول على الاجازة وبه العامة لان توكيل
الاول ملحق بالعزل فكان فضوليا فيتوقف على الاجازة كذا في البزازية او عقد الثانى بغير حضرة
اى عند غيبة الاول فاجازه اى العقد جاز فكذا لو عقد اجنبى فاجازه الاول لان المقصود
الموكل حضور رايه وقد حصل والحقوق يرجع الى الاول فيما ذكره العتابى والى الثانى فيما ذكر
في العيون وللموكل عزله لانه هو المثبت له وصف الوكالة فيملك ابطاله ما لم يتعلق بها اى بالوكالة
حق الغير كالوكالة بالخصومة لو اثبت من المطلوب بطلب المدعى فلا يملك عزله لما فيه ابطال
حق الغير ولا يجوز عزله الا برضى ذلك الغير مثل ان يوكل رجلا في عقد الرهن ببيع الرهن عند

حلول الاجل هذا اذا علم الوكيل الوكالة وان لم يعلم به فله عزله على كل حال كذا في جامع الفصولين
ولو وكل بلا طلب الخصم يملك عزله سواء كان الخصم حاضرا او غايبا ولو كان الوكيل من الطالب فله عزله
عند غيبة المطلوب الا اذا وكل وكالة دورية بان يقول وكلتك على كذا فكلما عزلتك عن هذه فانت
وكيلي وكالة مستقبلة فاذا عزله به ينعزل لكنه يكون وكيلا وكالة مستقبلة لوجود الشرط و
صحة تعليق الوكالة وهذا مبني على اصلين وهو صحة التعليق في التوكيل وعدم صحته في العزل
ولا يجوز التعليق بالعزل قال الفقيه ابو جعفر والامام ظهير الدين يقول رجعت عن المعلقة
وعزلتك عن المنفذة فان قال هكذا ينعزل وبه يفتى كذا في الخلاصة ولا يقدم العزل عن المنفذة
على الرجوع من المعلقة لانه ان قدم العزل عن المنفذة ينجز وكالة اخرى من المعلقة فلا ينعزل
بعد عنها بالرجوع وهذا انما يتم لو اختص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالة احترازا
عن خلاف الامام كما لو الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واختلف نصير وابن
سلمة فقال لا يجوز مطلقا وقال نصير لو كان في ذلك منفعة للوكيل بان يكون على الموكل دين
فامره ببيع مال الآمر ليستوفي دينه من ثمنه فهذا التوكيل فيه يقع فلا يجوز اخراجه ولو قال
في هذه الوكالة متى ما اخرجتك من هذه الوكالة فانت وكيلي وكالة مستقبلة فيجوز بلا خلاف
بينهما لكن في غير الوقف وفي الوقف يبطل هذا التوكيل لئلا يتطرق بدوامه دوام يد
من التملك بالاجارة اكثر من ثلث سنين وان اراد اخراجه ايضا يرجع عن الوكالة المتعلقة
ولو لاية الرجوع لانه امر غير واجب لو اصح الرجوع زال حكم العموم ثم يخرجه عن الوكالة
المنفذة فيتم الخروج ولم يحصل الدخول للرجوع فان المعلق بالشرط تبطل بالرجوع و
الحاصل ان العزل من المعلقة لا يصح عندنا ويصح عند محمد رحمه الله واما الرجوع فيصح
عن المعلقة والمنفذة جميعا وعن صاحب النظم قال متى عزلتك فانت وكيلي طريق عزله
ان يقول عزلتك ثم عزلتك بخلاف كلما فانه لا اقتضائه التكرار يقول رجعت عن المعلقات
وعزلتك عن المنجز هذا كله ماخوذ من البزازية ويشترط علمه اي علم الوكيل في ابطال
تصرفه اي في عزل الموكل وهو على وكالته ما لم يعلم وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط علمه وهو قول
مالك واحمد كذا في العيون بل ينعزل بدونه كما لو باع الموكل ما وكله ببيعه ينعزل وان لم يعلم
ولنا ان العزل نهي فلا يثبت حكمه بدون العلم كالنهي الشرعي بخلاف بيع الموكل لان العزل
فيه ضمني هنا في الوكيل واما الرسول فينعزل بعزل المرسل قبل العلم به لان الرسول مبلّغ عبارة

المرسل فيكون عزله رجوعا عن الايجاب فاعلم ان مبلّغ العزل ان كان رسول الموكل وقال
له ان فلانا ارسلني اليك ويقول لك اني قد عزلتك عن الوكالة انعزل من ساعته ولا
يحتاج الى انضمام اخر اليه سواء كان الرسول عدلا او غير عدل بالغا او صبيا حرا او
عبدا وعلى هذا لو كتب اليه كتابا بانعزاله فبلغه الكتاب فقرأه وعلم ما فيه ولو لم يرسل اليه
رسولا ولا كتابا ولكن اشهد على عزله حال غيبة الوكيل والعزل يثبت باخبار رجلين
اثنين غير عدلين او واحد عدل بالاجماع وكذا ان كان الواحد غير عدل فصدقه
الوكيل انعزل بالاجماع ولو كذبه لم ينعزل وان ظهر صدقه في المال عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا انعزل بواحد مطلقا عدلا كان او غير عدل ان ظهر صدقه او كذبه في ذلك الخبر وان
كذبه في الحال فينبغي ان لا ينعزل اجماعا وكذا الخلاف بعينه في خبر التوكيل في الرسالة او الكتابة
وفي خبر عدل واحد او اثنين او خبر واحد غير عدل ان صدقه فهو وكيل وان كذبه وجب
ان لا يكون وكيلا عند ابي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدقه وعندهما ان ظهر صدقه فهو وكيل كذا
في الينابيع وان ظهر كذبه فينبغي ان لا يكون وكيلا اجماعا ومن قال ان خبر الفاسق مقبول
في ثبوت الوكالة مطلقا فقد غفل عما ذكر فيه كالرسول فيثبت العزل به لقيام الرسول مقام
المرسل فكانه خاطبه بالعزل شفاها لانه خبر في المعاملة فلا يعتبر صفة العدالة اجماعا اما
اذا اخبره بذلك مخبر لا على وجه الرسالة فعنده يعتبر العدد او العدالة فان وجد العدد
او العدالة يكفي لان هذا الخبر جار مجرى الشهادة لايجابه الضمان على الوكيل بالتصرف وفيه شبه
باخبار المعاملات لان العزل عن الوكالة مثلا شبه باخبار الناس مدين فوجب اعتبار الشبهين
شبه الشهادة وشبه اخبار المعاملات فيثبت احد شطري الشهادة وسقط الآخر وان
عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا ينعزل ما لم يعلم الموكل لكونه متضررا به وتبطل الوكالة بموت
احدهما اما بموت الوكيل فظاهر واما بموت الموكل فلان عقد الوكالة غير لازم فالتوكيل
في ساعة ثابت تقديرا او ابتداء التوكيل من الميت ممتنع فكذا بقاؤه بخلاف موت الخليفة
فان القاضي لا ينعزل به لانه غير منصوب لمصلحة الخليفة بل لمصلحة المسلمين وجنونه
اي تبطل الوكالة بجنون احدهما جنونا مطبقا اي مستوعبا لانه في حكم الميت هكذا قال البرجندي رحمه الله
ولم يقدر لذلك تقديرا واختلفوا فيه لان غير المطبق كالاغماء لا تبطل الوكالة و
يقدره ابو يوسف رحمه الله الجنون المطبق بشهر وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان ما دونه

رمضان انما يسقط به او اكثر من يوم وهو رواية ابو بكر الجصاص من يوم وليلة وهذا رواية
عنه لان الصلوات الخمس يسقط به وقدره محمد رحمه الله بحول كامل وهو الصحيح وروى عنه ايضا
انه لا ينعزل حتى يبلغ جنونه اكثر الحول ولو افاق الوكيل عادت الوكالة بحالها كذا في الينابيع
لان استمراره حولا مع اختلاف فصول الاحكام والحاق بالميت وكان محمد رحمه الله يقول اولا
بشهر ثم رجع الى السنة وقولهم ينعزل بجنون الموكل وموته مقيدة بالموضع الذي يملك الموكل
عزل وكيله فاما في الرهن اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل
او الوكيل بالامر باليد لا ينعزل وان مات الموكل او جن الوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل
بجنون الموكل وبموت الوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا والارتداد ولحاق
الموكل بعد ردته بدار الحرب مبطل الوكالة عند ابي حنيفة رحمه الله لان اهل الحرب اموات في
احكام الاسلام فيجري اللحوق مجرى موتهم ولا يحتاج الى الحكم الحاكم وقالا ان حكم
بلحاقه والا فلا لان لحاقه انما يثبت بقضاء القاضي لان المرتد قبل اللحاق لا تبطل تصرفاته
وهو موقوف عنده ان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطل وان لحق الوكيل بدار
الحرب بطل تصرفه فان عاد مسلما الى دار الاسلام لا يعيده ابو يوسف لان التوكيل لان ولاية
تصرفه بطلت باللحاق فلا يعود كالمدبر وام الولد يعتق ولا يعود بعوده وخالفه
محمد ابا يوسف رحمه الله وقال يعود الى وكالته لان الردة لا تنافي الوكالة ولهذا لو اسلم قبل
اللحاق يبقى على وكالته لكن لتباين الدارين تعذر تصرفه فاذا زال المانع عادت الوكالة
كما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق ولو وكل بعد الارتداد قبل اللحاق فعند ابي حنيفة رحمه الله الوكالة موقوفة
وعندهما نافذة وان كان الموكل امراة فهو على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب كذا في الينابيع
ولو عاد الموكل بعد ما حكم بلحاقه لم تعد وكالة وكيله في الظاهر اي في ظاهر الرواية عنهم لان
اللحاق بمنزلة الموت واعاد محمد رحمه الله في رواية عنه كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى
الوكالة في حق الموكل هو الملك وقد زال باللحاق فبطلت قطعا وفي حق الوكيل معنى قائم به من
العقل والقصد ولم يزل ذلك باللحاق بل عجز عن تصرفه فاذا وكل المكاتب فعجز وعاد الى الرق
او وكل العبد الماذون فحجر عليه لانهما خرجا عن الاهلية الاذن بالعجز والحجر وهو قد كان
شرطا في ابتداء التوكيل وكذا في بقائه واعلم ان وكيل المكاتب والماذون انما ينعزل
في العقود والخصومات واما في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل لانهما خرجا بالعجز والحجر عن

انشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه وكذا وكيلهما او وكل الشريكان او احدهما
رجلا ثالثا في التصرف بمال الشركة فافترقا بطلت الوكالة علم او لم يعلم به لان هذا العزل
حكمي لان ما وكل به من المال انتقل الى غيره فيقع تصرف الوكيل في مال الغير فلا يجوز وصار
كالموت ومن حمل هذه الوكالة على الضمني في عقد الشركة فقد غفل عما ذكرا او وكل الشريكان
او احدهما وعما ذكر في صدر الشريعة فوقع ما وقع ولو حمل الوكالة على ما ثبت في ضمن عقد الشركة
فعلم العاقدين بعقد الشركة لا يستلزم العلم بلوازمها ولو سلم ان العلم بعقدها وتضمنها الوكالة
فلا نسلم ان فسخها يستلزم العلم بعزل الوكالة التي تضمنها لجواز ان يسبق بعد الفسخ فاذا افترقا
احتاج الى بيان عزل الوكيل عنها ولو كان بالنسبة الى بعض او تصرف الموكل فيما وكل به
تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه بنفسه بطلت الوكالة لفوات
المحل وان لم يعجز عن الامتثال به كما لو وكل بطلاق امراته فطلقها واحدة ولم تنقض
عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها
ليس للوكيل ان يزوجها اياه لان الحاجة قد انقضت فلو باعه الموكل بعدما وكل ببيعه فرد عليه
اي على الموكل بعيب بقضاء فليس لابي يوسف رحمه الله الوكيل في رواية عنه بيعه مرة ثانية لان
بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل قصدا واجازه له محمد رحمه الله البيع للوكيل لان
الموكل لم يعزله قصدا وانما تعذر تصرفه فيما وكل به لخروجه عن ملكه فاذا عاد على ملك الموكل عاد
بحقوقه فكانه لم يخرج عنها بخلاف ما اذا وكل بهبة شيء فوهبه الموكل ثم رجع فليس للوكيل
ان يهبه لان الواهب يرجع باختياره فدل على زوال الحاجة فلو رد عليه بغير قضاء او اقالة لا يعود
الوكالة اتفاقا لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثه فان الوكالة تعلقت بالملك الاول
وهذا ملك جديد واما اذا رد عليه بقضاء يكون فسخا وكذا لو رد عليه بخيار الرؤية او بخيار الشرط
او لفساد البيع لانه بتصرف الموكل يكون الوكيل معزولا

كتاب الكفالة

وهي في اللغة مطلق الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه في التنزيل وقوله عليه السلام
انا وكافل اليتيم في الجنة اي يضم اليه في الجنة ويسمى النصيب كفيلا لان صاحبه يضمه اليه ومنه
تسمية الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة
انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثق لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير
وانا به زعيم وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه والظاهر

التقرير لان النبي عليه السلام بعث والناس يتكفلون فاقرهم على ذلك فقال الزعيم غارم
والكفالة مع جوازه وحصول التوثق بها الامتناع عن مباشرتها اقرب الى الاحتياط على ما قيل
مكتوب في التورية الزعامة اولها ملامة واوسطها ندامة وآخرها غرامة ويغرم في الربعة
بضم الذمة اى ذمة الكفيل الى الذمة اى الى ذمة الاصيل في المطالبة اى مطالبة الدين و
مطالبة النفس ونقل ابو حفص عن ان الدين سقط عن الاصيل بالكفالة عند مالك رحمه الله
لئلا يكون الدين الواحد دينين كما في الحوالة ولم يذكر الخلاف في المتن فان مشاهير كتبه
ناطقة بخلافه وفي العيون يجب ضم ذمة الى ذمة مطالبة بالاجماع الا رواية عن محمد في الدين
ينتقل في الكفالة عن الميت لا في الدين او في النفس تعريض لما قاله بعض المشايخ من انها ضم الذمة
الى الذمة في الدين لانه لو لم يثبت الدين لم يثبت المطالبة لاستحالة المطالبة من ذمة فارغة
عن الدين فعلنا ثبوت الدينين في الذمتين ويؤيده انه لو وهب له الدين او اشترى
منه بشيء صح وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز والاول هو الصحيح لان الدين ثابت
في ذمة الاصيل فلا يتصور ثبوته في ذمة الكفيل الا بالتحويل وجعل الدين الواحد دينين
او الذمة الواحدة في حكم ذمتين قلب الحقيقة ولا ضرورة الى القول والمقصود من هذا العقد
التوثق وهو يحصل بضم الذمة الى الذمة في المطالبة مع اتحاد الدين بحكم الكفالة واما ان المطالبة
فرع ثبوت الدين فيه فنقول لا ان وجوب المطالبة فرع وجود استحقاق المطالبة لا فرع وجود الدين
في ذمته فان البناء لا يتصور انفصاله عن العرصة وجودا ويتصور استحقاقا ومطالبة اذ قد
ينفصل المطالبة عن سببه بعقد الوكالة الى الوكيل بالبيع والشراء واصل الثمن والمبيع للموكل
فثبت الملك للموكل ابتداء كما قال ابو طاهر وثبت اولا للوكيل من غير تقرر ثم انتقل اليه كما
قال بعض المشايخ فكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين فيتوجه المطالبة على الكفيل
بعقد الكفالة واصل الدين في ذمة الاصيل واما اذا وهب الكفيل او اشترى منه بالدين شيئا
جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح التصرف فكانه قال الاصيل له وقت اذنه لها اذا اخذته
منك فارجع الي وهذا معنى عقد مخصوص بينهما واما قبلها فلا ضرورة وبه يدل قلنا ان يبرأ الكفيل
ببراءة الاصيل لعدم بقاء الدين في ذمته ولا يبرأ الاصيل ببراءة الكفيل لبقاء الدين في
ذمته فلا يلزم من سقوط المطالبة سقوط الدين والحق ان هذا اذا جعل الدين الواحد دينين
حقيقة في ذمتين اما اذا جعل في حكم دينين باعتبار المطالبتين على معنى ان ايهما اخذ

مثل الحق ولا فرق بين الاخذين منهما او سقط عن صاحبه كضمان المغصوب فانه ضمان واحد
في حكم الضمانين باعتبار ان غاصب وغاصب الغاصب فجاز التضمين من ايهما شاء فاذا ضمن
الغاصب بشرط التقدم او غاصب الغاصب سقط عن صاحبه والتحقيق ان المطالبة با
بالدين عقد وجب الكفالة ضرورة وبه يحصل المقصود وهو التوثق ومن البين ان ثبوت
المطالبة ضرورة لا يستلزم ثبوت الدين ضرورة لان الموجب للضرورة يتقدر بقدرها وقد تنفصل
عن الدين كما ترى ولعل هذا وجه الصحة ولا تصح الكفالة الا ممن يملك التبرع لانها عقد تبرع
ابتداء فلا يصح ممن لا يملك التبرع ككفالة الصبي والعبد ولو كان مكاتبا لانهما لا يملكان التبرع
لعدم الاهلية اما في العبد فلحق المولى فلا يطالب في الحال ولكن يطالب بعد العتق واما الصبي
فلقصور الاهلية وتجوز تجيزنا اي الكفالة بالنفس ليضمن احضاره وقال الشافعي رحمه الله
في قول لا تجوز الكفالة بالنفس ومشهور مذهبه صحتها وقيل يصح مطلقا ولهذا قال في العيون
وتصح الكفالة بالنفس بالاجماع وجه عدم الجواز عدم ولايته على غيره حتى يسلمه وقت الحاجة
بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا ما روى ام كلثوم رضي الله عنها حين خاصم
معه عمر والصحابة رضوان الله عليهم اجازوه وتسليم المكفول به مقدور بان يعلم مكانه فيخلي بينه و
بين الطالب او بان يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة الى شرعيته والاحكام ثابت ليتحقق
معنى الكفالة وهو ضم احدى الذمتين الى الاخرى في المطالبة نفسه فيصح دفعا للحاجة وكذا الخلاف في
في الاعيان المضمونة كالمغصوب الا انها في النفس له قول واحد وفي العين قولان وفي العيون
ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته بالاجماع وان ادعى على
عبد مالا فكفل رجل فمات العبد برئ الكفيل بالاجماع فيضمن احضاره عند المطالبة وتنعقد
اي الكفالة بالنفس لا اقال تكفلت بنفسه فركنها قول الكفيل تكفلت او ما يقوم مقامه وقول المكفول له
قبلت وقال ابو يوسف القبول ليس بشرط بناء على انها التزام مطالبة للحال لا غير او بما يعبر عنها
اي بكل شيء يعبر به النفس فكانه قال تكفلت بروح زيد او برقبته او بجسده فان كلا منها
يعبر عن النفس في الاخبار في تعلقها بتكفلت المذكور اي تكفلت بجزء يعبر عن النفس
والكل ولفظها عبارة عن الجزء كالروح والجسد والراس فلانها اجزاء يعبر بكل واحد منها
عن مجموع الانسان عرفا ولهذا صحت اضافة الطلاق اليها بخلاف اليد والرجل فانهما علمان
لعضوين لا تطلقان على النفس حقيقة ولا عرفا بخلاف قوله انا ضامن لمعرفته او ضامن لان ادلك

او على شرط لا يكون كفالة لانه التزام المعرفة دون المطالبة كذا في البزازية ولو قال انا ضامن لمعرفته
او على تعريفه اختلفوا ولو ذكر القاضي السغناقي فلان بر منست وقال فلان اشنا منست او آشنائي منست
يكون كفالة بالنفس وقيل آشنائي فلان بر منست كفيل بالنفس لوجود كلمة الايجاب وقوله اشنا منست
لا لعدم كلمة الايجاب على نفسه وعامة المشايخ قالوا لو قال فلان اشناست او آشنائي فلان بر من يكون
كفيلا بالفارسية للعرف فيها لا بالعربية سئل ابن الدلم محمد بن الحسن عن الجرجاني انه اذا قال انا ضامن
بمعرفة فلان فقال على قول ابيك لا يكون كفيلا وقول الثاني يكون كفيلا للعرف لكن المشهور عن الثاني انه لا يكون
كفيلا للعرف لكن المشهور عن الثاني انه لا يكون كفيلا وبه يفتى في العرف كذا في البزازية او بجزء شايع
كما قال كفلت بنصفه او ثلثه او ربعه لان الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها او بقوله
اي بقول الكفيل ضمنته لانه تصريح بموجب الكفالة بالنفس وهو الضمان او بقوله هو اي الفلان على
لان صيغة على للالتزام او الي لانه بمعنى على في هذا الموضع ولا ينعقد بقوله الذي لك على فلان
انا ادفعه اليك وينعقد بقوله ان لم يؤد فلان فانا ادفعه اليك كما لو قال انا الحج لا يلزمه شيء ولو قال
ان فعلت كذا فانا الحج يلزمه الحج كذا في الخلاصة او قال انا زعيم به او قبيل كلاهما بمعنى الكفيل
ولو علق تسليمه اي تسليم المكفول به بوقت معين احضره فيه ان طالبه اي المكفول له لانه التزمه
كذلك فان المكفول عنه غايبا معلوما ساكنا في بلد آخر وعلم به الحاكم او برهن عليه اجله قدر الذهاب و
المجيء اما اذا كان مكانه غير معلوم ولا يوقف على اثره لا يطالب اجماعا كذا في العيون ويجعل كالميت
ولا يحبس الكفيل لاحضاره كذا في البزازية وههنا اسامي اربعة يحتاج الى معرفتها الكفيل وهو الملتزم
المطالبة بالنفس او المال او بهما والمكفول عنه وهو من يطالب بنحو الدم بالحق والمكفول له وهو من يطالب
اللازم بالحق والمكفول به وهو الحق المطالب به لو دفع قبل ذلك الوقت بريء وان لم يقبله المكفول له ولو
كفل الى شهر لم يبرأ بمضي شهر ما لم يسلم نفس الخصم اليه وفائدة التاجيل تاخير المطالبة ولو قال انا
بريء من الكفالة بعد الشهر يكون بريئا بعده كذا في النوازل والا اي ان لم يحضره في ذلك الوقت
حبس الكفيل وينبغي ان يفصل هنا ويقال ان ثبت كفالته باقراره لا يحبس بل امر بالدفع لان
الحبس جزاء المطل وهو لم يظهر من اول الامر وان ثبت بالبينة حبس كما وجب لظهور مطله بالانكار وهكذا
في الحبس بالدين كذا في الزيلعي وفي الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه اما اذا ظهر بان لا يعلم الكفيل مكانه او
بشيء آخر لا يحبسه وفي الذخيرة اذا ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب يؤمر الكفيل باحضاره ان لم يمنعه
ولا تسقط كفالته لانه انما اعتبر ميتا حكما في قسمة ماله واما في حق نفسه فهو حي فان سلمه اي الكفيل او وكيله

المكفول به في مكان يقدر المكفول له على محاكمته كما اذا سلمه في المصر بريء الكفيل من الكفالة سواء قبل
الطالب او لا لانه اتى بما التزمه وفي التبيين ان سلمه بغير طلب المكفول له لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك
بجهة الكفالة وان سلمه بعد طلبه بريء وان لم يقل كذا او كذا يبرأ اذا دفع المكفول عنه نفسه الى الطالب
او سلمه فضولي للكفيل فقبل الطالب منه ولو لم يقبل لا يجبر على القبول وان عين مجلس الحكم اي شرط تسليمه
في مجلس القاضي فسلمه في السوق بريء لان المقصود حصل بالتسليم وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وقول الثلثة
وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اعانة الحق وكذا بريء ان سلم الكفيل في مصر غير المسمى اي غير المصر
الذي سماه للتسليم عند ابي حنيفة رح وقالا لا يبرأ لانه لم يات بما التزمه وهذا القيد مفيد لاحتمال
ان لا يكون شهوده فيه وكان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن في مخاصمته وقد حصل والاحتمال الموهوم غير
معتبر فيبقى احضاره في مجلس الحكم وفي المحيط هذا لو كان السجن سجن قاض آخر في بلد آخر اما اذا كان
سجن هذا القاضي او سجن امير البلد في هذا المصر يبرأ وان كان قد حبسه غير الطالب لا يتمكن في برية
يعني في سواحة بحبس خصمه ثم يعيده الى السجن لا يبرأ بتسليمه في برية وكذا ان سلمه في قرية ليس فيها حاكم
لعدم قدرته على خصومته ويبرأ الكفيل بموته اي بموت الكفيل بالنفس لامتناع التسليم منه
والورثة لم يتكفلوا وانما يخلفونه فيما له لا فيما عليه اما الكفيل بالمال فلا يسقط بموته فينتقل الى تركته
فيكون حالا في حقه وقد وقع هذه المسئلة في رجل له مهر المؤجل على رجل ومات الكفيل فطلبت المراة
مهرها في تركته فقضي بذلك كذا في مجمع الفتاوى او بموت المكفول به لعجزه عن احضاره بالفروع الا
ما كان ديونه وبعض ارثه فيه يلزمها عليه كذا في العيون لا يبرأ الكفيل بموت المكفول له لقيام وصيه
او وارثه مقامه في طلب حقه ولو قال الكفيل ان لم اوف به اي المكفول بنفسه غدا فانا ضامن للالف
التي عليه فلم يواف به في الغد يلزمه تضمنه اي الزم ضمان المال وقال الشافعي رح لا يصح من الكفالة وهو
قول مالك رح لانه تعليق وجوب المال بالشرط وهو غير جائز ولنا ان هذا التعليق ليس في وجوب المال
وانما هو في وجوب المطالبة فيجوز لكونه متعارفا فلم يبرأ عن الكفالة الاولى وهي الكفالة بالنفس
لانها كانت ثابتة قبل الكفالة بالمال فلا يبطل لوجودها اذ لا منافاة بينهما وكذا صحت لو كفلهما جملة
في وقت واحد ولو قال كفلت لك بنفس زيد فان لم اوافيه اي بزيد لك غدا فانا كفيل بنفس عمرو والحال
ان عمرو مديون آخر للطالب او قال كفلت بنفس زيد فان لم اوافك به غدا فعلي ما لك على عمرو او فعلي الالف
مطلقا اي لم يقيد الالف بانها في ذمة فلان وكذا لو لزم رجل رجلا ادعى مائة دينار او لزمه ولم يدع عليه
مائة دينار فقال رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى الغد فان لم اوافك به فعلي مائة دينار فلم يواف به غدا فعليه المائة

في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الكل بينهما حتى كفل ثم بين لم يلتفت الى دعواه فلو جحد احدهما
ما قال الشيخ ابو منصور الماتريدي ما قال علي مائة دينار ولم يضف الكفالة الى المال المدعى يحتمل انه التزم
مالا ابتداء فيكون رشوة ويحتمل انه اراد به التزام ما على الاصيل فلا يلزم بالشك والوجه الثاني ما اختاره
الكرخي انه اذا لم يبرئ مالا مقيدا لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفصل الدعوى فلا يصح الكفالة
بالنفس فلا يصح الكفالة بالمال كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير ابطل محمد رحمه الله الكفالة الثانية
اي الكفالة بالمال في المسألة الثانية والثالثة والكفالة بالنفس في المسألة الاولى لان هذا التعليق غير
متعارف لولا الاتصال بين الكفالتين فلا يجوز الكفالة الثانية كما لو قال ان دخلت الدار فانا كفيل بنفس
فلان وفي الثالثة انه باطلاق الكلام اخرج مخرج الاقرار فلا يصح تعليقه وقالا يصح لان بين الكفالتين
اتصالا لكونهما لطالب واحد ففي تصحيح الثانية تاكيد موجب الاولى لانه لو لم يواف به في الحصة ضرر بلزوم الثانية
فيجوز وفي الثالثة ان كلامه ان حمل على الكفالة يصح وان حمل على الاقرار لا يصح فيحمل على الكفالة صونا
كلامه عن اللغو والكفالة بالنفس لا يجبر القاضي لاعطائها اجبرا في القصاص وحد القذف لمدعيهما يحتج
بينة عند ابي حنيفة رحمه الله كسائر الحدود لان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها
بالكفالة وقالا يجبر عليه لان كلا من القصاص وحد القذف حق العبد فيجبر فيه على اعطاء الكفيل كما في
حقوق العبد ولا يستوثقها الشبهات فلو اعطاه بلا جبر صحت الكفالة اتفاقا قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
لا يجبر على اعطاء الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجبر به وقول محمد مضطرب في الجراحات والقتل خطأ
يجبر على اعطاء الكفيل لان موجبه المال وكذا يجوز للقاضي ان يطلب منه الكفيل في التعزير لانه من حقوق العباد
وكذا الطلاق في طرفه يجبر على اعطاء الكفيل عندهما وعنده لا لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما فالمدعي
يحتاج الى الترجيح بشهود بخلاف سائر الحدود ويحبس المدعى عليه بحد القصاص وحد القذف بالتهمة اي تهمة
القذف او القتل اذا لم يوجد الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله بشهادة مستورين اي غير معلوم فسادهما من الكلام
من قال لا يحبسهم القاضي بشهادة المستورين كما لا يحبسه بشهادة الفاسقين والاول اصح لان العدالة فيه محتمل كذا ذكر
قاضي خان في شرح الجامع الصغير او واحد عدل حتى ينظر الحق يحتج تامينه لما روي انه عليه السلام حبس رجلا بتهمة
الفساد وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يحبس في هذه الاشياء لحصول الاستيثاق بالكفالة ولا يصح الكفالة
بنفس الحد والقصاص لان النيابة لا يجري في العقوبات ولو ادعى قذفا على عبد فبرهن بحضرة مولاه فالحكم
عند ابي حنيفة رحمه الله الحبس الى التزكية لثبوت التهمة بنفس الشهادة الى ان يزكي ان سأل اخذ كفيل من المولى
لقيام الحد عليه بحضرة مولاه ويأمر ابو يوسف رحمه الله باخذ الكفيل بنفس العبد لا بنفس مولاه لان حضور مولاه

في اقامة الحد على العبد شرط عنده بعد ثبوت القذف بحضرته لا بنفسه لانه نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال
ياخذ الكفيل بنفس العبد والمولى جميعا لان حضور المولى شرط الاستيفاء الحد من العبد وفي الفتاوى
الصغرى لو طلب المدعي من المدعى عليه كفيلا لا يجبر على اعطائه وعن محمد رحمه الله لا يجبر اذا كان معروفا وهذا
اذا كان المدعى عليه مقيما وان كان غريبا لا يجبر على الكفيل بل رحمه في اليمين فقط ولرب الدين طلب الكفيل
من المديون وكان دينه مؤجلا **فصل** في الكفالة بالمال ويجوز الكفالة بالمال معلوما كان او مجهولا
لان مبناها على توسعة الكلام في المعاملات فيحمل الجهالة اليسيرة اذا كان دينا صحيحا وهو الذي لا يسقط
عن الديون الا بالاداء او الابراء واحترز به عن بدل الكتابة فلا يجوز الكفالة بمال السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز يصح الكفالة لانه حر عليه دين او قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او انكر فانا ضامن
او قتل ابنك خطأ او ان غصبت مالك فلان فانا ضامن بخلاف قوله ان غصبك انسان او احد شيئا
لا يصح لجهالة الفاحشة ولا يجوز اخذ الكفالة بالامانات ويجوز باحضار اعيانها ولو تكفل بالاعيان
المضمونة كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء والمبيع فاسدا جازت ولزم احضارها و
تسليمها اليه وان هلكت ضمن قيمتها كالكفالة بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع من غرامة الثمن
اذا استحق المبيع من يد المشتري فالاول مثال للمعلوم والباقي للمجهول واذا كفل بالدرك فاستحق المبيع
من يد المشتري لم يؤخذ من الكفيل حتى يقضى برد الثمن على البائع فيؤخذ منه وفي المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله الكفيل
بالدرك ياخذ المشتري بالثمن لو قضى عليه بالاستحقاق اذا كان البائع غائبا وتخيير المكفول له في مطالبته
ايهما شاء من الاصيل والكفيل ولا يبرأ الاخر اذا طالبه من احدهما فان اشترط برأة الاصيل انعقدت
فانقلب الكفالة حوالة كما اذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل كانت كفالة لان الاعتبار للمعاني دون الالفاظ
ويجوز تعليقها اي تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق على المكفول عنه وكذا لو شرط الخيار
حتى لو شرط عشرة ايام او اكثر يجوز بخلاف البيع لان الكفالة على التوسعة كذا في الخزانة او بمكان الاستيفاء
منه او تعذره اي الاستيفاء منه كما بايعت اي كقوله ما بايعت فعلي او ما ذاب اي وجب لك عليه فعلي
فكل من الشرطين ملائم لدلالته على ثبوت الحق للمكفول له على المكفول عنه او قال اذا قدم المكفول عنه
من السفر فعلي ما عليه وهذا شرط امكان الاستيفاء او قال لو غاب المكفول عنه عن البلد فعلي ما عليه
وهذا مثال لتعذر الاستيفاء لا بمجرد الشرط الغير الملائم كهبوب الريح ومجيء المطر فالشرط باطل
والكفالة صحيحة انعقدت وعندنا ان في وعند محمد لا يصح الكفالة ايضا كذا في العيون لان ما جاز تعليقه
بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة كطلاق وعتق فيبطل الشرط وكذا اذا قال اذا دخل زيد الدار فانا ضامن

منكر لا يجوز اذا لم يكن سببا لوجوب الحق فلو جعل اى كل واحد من هبوب الريح ومجى المطر اجلا لا
كما اذا قال كفلت بكذا الى ان يمطر السماء او يهب الريح وجب المال حالا لان التاجيل باطل فلزمها الاول
فى الاصل انه لا يجوز تعليق الكفالة بالخطر ولو كفل الى اجل ينظر ان كان متعارفا يعرفه كل احد
من التجار جاز لانه يكون اجلا فى الكفالة وان لم يتعارف فيما بينهم لا يجوز فيتعلق بالجواز فايدتين احديهما
فى حق الكفيل وهو انه لا يطالب المكفول قبل مضى المدة والثانية فى حق المكفول له وهو ان الكفيل على
كفالته بعد مضى تلك المدة الى ان يسلم فان تكفل بنفس رجل الى الحصاد او القطاف او الدياس او الى العطا
او المهرجان جاز الكفالة والتاجيل وكذا الى ان يقدم المكفول له من سفره او الى صوم النصارى
ولو قال الى ان يمطر السماء او يهب الريح او الى ان يقدم فلان غير المكفول له او المكفول عنه فالكفالة
جائزة والتاجيل باطل كذا فى الينابيع ولو تكفل بنفس فلان الى شهر ثم دفعه قبل شهر برى وابى المكفول له
ان يقبل يجب عليه تسليمه بعد الشهر كذا ذكر فى الشافى وذكر ابو جعفر لا يبرا واما الشهر فانما ذكر اجلا لتاخر
المطالبة وفى العيون قال هشام سالت ابا يوسف عن رجل ضمن لرجل الى عشرة ايام ابدا فمضت العشرة الايام
قال هو عليه ابدا حتى يبراه اليه كذا فى الخلاصة ولا يصح تعليق البراءة منها اى من الكفالة بالشرط كما فى
سائر البراءة لان فيه معنى التمليك للمطالبة وهى كالمال لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق
ويصح فى رواية لان الابراء عن الكفالة اسقاط محض يتم بالمسقط ولا يحتاج الى القبول ولهذا لا
يرتد برد الكفيل بخلاف التاخير عن الكفيل حيث يرتد برده لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب
فيبطل بالرد وبخلاف الابراء عن الاصيل حيث يرتد برده لان فيه معنى التمليك ولو تكفل بما عليه اى على فلان
فقامت البينة بالف ضمنها الكفيل لكن الالف والا اى وان لم تقم البينة كان القول للكفيل اى على ما يعترف
لانه منكر للزيادة وينبغى ان يحلف على العلم بانه لا يعلم انه لا يكون اكثر من هذا واجبا على الاصيل كذا
فى صدر الشريعة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اعترف الكفيل لزمه اى ذلك الزائد على المكفول عنه
دون كفيله لان الاقرار حجة قاصرة لا تتعدى عن المقر ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره
لاطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم ويرجع فى الاول اذا ادى اى يرجع الكفيل على المديون بمال المكفول له
فيما اذا كفل بامره لا بما اداه حتى لو كان المكفول بجيد فاداه رديا يرجع بالمكفول به لانه ملكه بالاداء فنزل
منزلة الطالب حتى قال محمد وابو يوسف رحمهما الله ان عقد الكفالة باذنه يوجب دينين دين للطالب على الكفيل
ودين للكفيل على الاصيل ولهذا لو وهب الكفيل الدين من الاصيل قبل ادائه حق الطالب صحت هبته
ولو ادى حق الطالب بعد ذلك لم يرجع على الاصيل لان ما على الكفيل حال وما للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت

الاداء كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضى خان دون الثانى اى لا يرجع اذا كفل بغير امره لانه تبرع ولانه الزم
على نفسه ولم يلزم على غيره شيئا وعند مالك ولاحمد رحمهما الله فى رواية يرجع ولو كان بلا امره كذا فى العيون [illegible] اذا كان
الآمر حرا عاقلا بالغا اما اذا كان صبيا او عبدا محجورين لا يرجع الكفيل عليهما لان امرهما بالكفالة
استقراض منه واستقراضهما غير صحيح والمال انما لزم للكفيل بالتزامه فيكون متبرعا فيه واما اذا كانا
ماذونا لهما يرجع عليهما الكفيل لان امرهما صحيح وانهما يملكان ان يتكفلا ولو قال بغير خليط
اى من لم يكن مخالطا له فى الاخذ والاعطاء ولا هو فى عياله اقض عنى فلانا الفا ولم يقل عنى فادى المامور الفا
يحكم ابو يوسف رحمه الله بالالف للمامور بالرجوع لان القضاء انما يكون بدين واجب على الظاهر لان الامر اذا
امر بقضاء دين عليه فصار كانه قال اقض عنى وقالا لا يرجع لان قوله الفا يحتمل ان يكون هبة للمامور
ولان يكون دينا للامر لان الانسان اذا امر غيره باطلاق فى دين يامر بالقضاء فلا يرجع بالشك ولو كان
المامور خليطا للمكفول عنه يرجع عليه اتفاقا وكذا لو كان المامور فى عياله او الامر فى عيال المامور يرجع
اتفاقا وليس للكفيل مطالبة من الاصيل قبل الاداء عنه لان المطالبة يستلزم سبق الملك وانما يملك الكفيل
بالاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه نزل منزلة البايع من المشترى فى الحقوق و
المطالبة واجمعوا ان الدين المؤجل اذا قرب حلول الاجل واراد المديون ان يسافر لا يجب عليه اعطاء الكفيل
وقال ابو يوسف رحمه الله لو قال بان ذات يطالبه قياسا على نفقة شهر لا يبعد وفى الملتقط رب الدين لو قال
للقاضى ان مديونى يريد ان يغيب عنى فانه يطالبه باعطاء الكفيل وكذا لو كان الدين مؤجلا امرأة قالت للقاضى
ان زوجى يريد ان يغيب عنى فاردت ان تاخذ كفيلا منه بالنفقة قال ابو حنيفة رحمه الله ليس له ذلك لانها
لم تجب بعد وقال ابو يوسف رحمه الله استحسن ذلك واخذ منه كفيلا بالنفقة وعليه الفتوى وفى سائر الديون
لو افتى مفت بذلك كان حسنا رفقا بالناس كذا فى مجمع الفتاوى الا ان يلتزم بان اى الكفيل بطلب
الدين منه فيلازمه الكفيل المكفول عنه ويقول له رده اليه ولا يقول لى وكذا له حبسه اذا حبسه الطالب
حتى يخلصه اى المال لان الحق للاجل فلزمه ان يعامله بمثله ويبرأ الكفيل ببراءة الاصيل اذا ابرأه الطالب
لانه تبع ولان الكفالة بالدين ولا دين يصح لكن يشترط قبوله فان رده ارتد برده فان مات ولم يعلم
قبوله ولا رده يجعل كانه قبل فى حيوته كالموصى له اذا مات قبل القبول والرد يجعل حكم القبول وبالاستيفاء
لان الدين اذا سقط سقط المطالبة ولا يبرأ الاصيل ببراءة الكفيل لان الكفيل ليس بمديون وانما
عليه المطالبة وبسقوطه لا يسقط الدين وان اخر الدين عن الاصيل تاخر عن الكفيل لان التاخير
ابراء موقت فيعتبر بالمؤبد لا بالعكس اى لا يتاخر عن الاصيل بتاخيره عن الكفيل حال وجوب الكفالة

فانه رفع الاجل الى الدين ولو قال الطالب للكفيل الذي ضمن له بامر الاصيل برئت الي رجع الكفيل على الاصيل بالمال اي بالمال المكفول به لان قوله الي يحول معنا البراءة المنتهية الى الطالب المبتداة من المطلوب لانه اضاف البراءة الى فعل المطلوب وهذه البراءة لا يتحقق الا بالايفاء فيكون ذلك اقرارا منه بالاداء او قال الطالب للكفيل ابراتك لم يرجع الكفيل على الاصيل بشيء لان هذا يكون اسقاطا لا تعلق بغيره فلا يكون اقرارا بالاداء او قال برئت ولم يقل الي فكذا عند ابو يوسف رحمه الله بالاول اي بقوله برئت الي بان يكون برئ بالاداء وقال محمد رحمه الله يحتمل انه يكون بابراء المطالبة فلا يرجع بالشك هذا اذا كان الطالب غايبا وان كان حاضرا يرجع اليه في بيان مراده اتفاقا لان الاجمال جاء من جهته ولو ابراء الدائن الميت عن دينه فرده وارثه يحكم بانه اي ابراءه يرتد لان رد وارثه كرده وخالفه محمد رحمه الله ابا يوسف وقال لا يرتد برده لان الابراء على الميت لا على الوارث فلا يعتبر رده ولما كان الدين باقيا صح الكفالة ولهذا اورده في الكتاب في لو كفل عبد ماذون غير مديون عن مولاه باذنه فعتق فادى المال المكفول به يكون ممنوعا من الرجوع به على مولاه وقال زفر رحمه الله يرجع لان المانع من الرجوع قبل العتق الرق وقد زال فيرجع ولنا ان الكفالة حال انعقادها لم يكن موجبة للرجوع فلا ينقلب موجبة كمن كفل عن غيره بغير امره ثم اجازه لا يملك الرجوع لان الكفالة انعقدت لازمة غير موجبة للرجوع فلا تعتبر بعد ذلك وكذا لو كفل عنه المولى بامره فادى المولى المال بعد العتق لا يرجع على العبد خلافا لزفر رحمه الله بعين ما ذكر ولو ادعى على رجل انه كفل له عن فلان بامره بكذا فانكر المدعى عليه فبرهن اي قام البينة عليه فادى كان له ان يرجع حكمنا له بالرجوع على الاصيل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه اذا رجع يكون مدعيا بالكفالة وقد جحدها اولا فيتناقض ولنا انه صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي فصار جحوده كعدمه ولو تعجل الكفيل الدين المؤجل على الاصيل بموت الكفيل فادى وارثه من تركته نحن حكمنا له بالرجوع على الاصيل وقت حلول الاجل لا في الحال نفيا لقول زفر رحمه الله فانه قال يرجع في الحال لان الاجل لما سقط بموت الكفيل صار الدين حالا فيرجع كما لو اداه مورثه ولنا ان الدين حل في حق الكفيل لانتقاله من الذمة الى التركة وهي عين واما في حق الاصيل فالدين كما كان فلم ينتقل الى العين فلا يسقط في الاجل بغير رضاه ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس اي مجلس العقد اي عقد الكفالة واذا تكفل بنفس فلان او بما عليه بغير محضر من الطالب او نايبه فالكفالة باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يجوز وعلى هذا الاختلاف اذا كفل الفضولي وعلى هذا لو قال الفضولي اشهدوا اني تكفلت بمال فلان على فلان وبما غايبا ان توقفت الكفالة اجماعا فان بلغ الخبر فاجازه جاز عند اخبارا و

اجمعوا على انه اذا قال بطريق الاخبار جاز فان بلغ الخبر الى المطلوب ولا فاجازه ثم بلغ الطالب فاجازه يرجع على المطلوب بما اداه ويجعل مؤديا دينه بامره وان بلغ الطالب اولا فاجازه ثم بلغ المطلوب فاجازه لا يرجع عليه بما ادى فيكون متبرعا كذا في الينابيع ولو تكفل بغير رضاه وهو حاضر فان قال المكفول عنه رضيت ثم المكفول له رضيت فما ادى رجع على المكفول عنه وبالعكس لا يرجع والكفالة جايزة في الوجهين جميعا كذا في الينابيع وان كان غايبا فقبل عنه فضولي يصح ويتوقف على اجازته لكن للكفيل ان يخرج من الكفالة قبل الاجازة ولا اعتبار بغيبة المكفول به او المكفول عنه فيصح اتفاقا الا في قول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الديون للغرماء فكفل به مع غيبة الغريم فانها جايزة بلا قبول الجماعة استحسانا لا قياسا لان هذه وصية منه لورثته بقضاء دينه ولهذا لا يشترط تسمية المكفول له واجها له لا يمنع الوصية وهذا اذا لم يترك مالا واذا ترك مالا لا يصح ولو قال للاجنبي لا يصح لانه غير مطالب بدينه فكان المريض في حقه كالصحيح وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي لو قضى الدين بامره يرجع في تركته وفي الينابيع لو قالت الورثة للمريض ضمنا للكل كل دين لهم عليك ولم يطلب المريض ذلك من الورثة والغرماء غيب لم تصح الكفالة ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين الحياة والموت وروى عنه انه يجوز كفالتهم في مرضه وان لم يطلب المريض منهم ويجيزها ابو يوسف رحمه الله الكفالة اخر كذا في الخلاصة مطلقا فالكفالة لازمة سواء قبل المكفول له او لا لان الكفالة التزام مطالبة وله ولاية على نفسه فيصح كالاقرار وما ذكر في الينابيع الكفالة موقوفة على اجازة المكفول له فهو قوله اولا فلا يشترط المجلس فان اجازه جازت والا فلا ولهما ان في الكفالة معنى تمليك المطالبة للمكفول له فشرط تمليك عقد لا يتوقف على وراء المجلس في نفي اي الكفالة عن الميت المفلس باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على ذمة الميت قد ضعفت فلا يحتمل الا بان تتقوى باحد الامرين اما بان يبقى له مال او يبقى كفيل وقالا يصح وهو قول الثلثة كذا في العيون لان الدين باق على الميت الا يرى انه لو كان له مال او كان له كفيل لا يسقط بالاتفاق ولهذا يطالب به في الاخرة فيصح الكفالة به كما لو تبرع انسان فادى دينه صح وله انه سقوط بالموت لانه عبارة عن المطالبة وهي فعل ولهذا يوصف بالوجوب الا انه يؤول الى المال وقد عجز بنفسه وخلفه فيسقط ضرورة اما اذا كان له مال او كفيل فهو قادر بخلفه لان الموت يخرب الذمة ويسقط عنها احكام الدنيا من العبادات والمعاملات فان ترك مالا ينتقل الدين الى تركته والا يسقط فلا يجوز الكفالة بالدين الساقط بخلاف التبرع لانه لا يعتمد

قيام الدين ولو ظهر له مال الميت المفلس صحت الكفالة بقدره ولا تصح الكفالة بما على العبد المأذون
المديون عن مولاه باذنه لان في صحة الكفالة بالمال اضرارا للغرماء لكن الالتزام منه صحيح في حق نفسه حتى لو
اعتق كان مطالبا ولو ادى المال بعد العتق رجع على المولى ولو لم يكن المأذون مديونا فكفل باذن مولاه
يجوز ولو كفل باذن الغرماء يجوز ايضا وكذا لو كفل المأذون عن غير مولاه فالامر كذلك الا ان التبرع لا يصح
فان اعتقه المولى مأذونه المديون عن مولاه باذنه في المرض اي في مرض موته ومات سعى العبد للغرماء اتفاقا
ثم اذا اعتق فالكفالة نافذة عند ابي حنيفة رحمه الله فان العبد ما لم يسع كان كالمكاتب عنده فلا تنفذ
تلك الكفالة فاذا اعتق المولى نفذ العتق وانفذناها اي الكفالة عند عتق المولى لانه حر مديون
عندهما سيقرر ذلك في كتاب العتق ومعتق البعض على ان المستسعى كالمكاتب عنده وكفالة المكاتب
لا تصح ما لم يعتق وعندهما يصح فنفذت كفالة المستسعى حين اعتقه مولاه ولو اعتقه في الصحة لا يجب
السعاية والكفالة جائزة اتفاقا فيضمن المولى اقل من قيمته ومن الدين وتصح الكفالة بالثمن
لا بالمبيع لانه عين غير مضمون وتصح بالاعيان المضمونة بنفسها اي بقيمتها كالمقبوض على
سوم الشراء وبيع فاسد وكالمغصوب فان الكفالة بهذه الاشياء صحيحة يلزم الكفيل رد عينها
حال بقائها ودفع قيمتها بعد هلاكها لان فيها جهة ضمان القيمة مع بقاء العين فلهذا صح الكفالة
لا بغيرها اي لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون في يد البايع والمرتهن فان
الكفالة بعينها غير جائز لانها لا تثبت في الذمة واما الكفالة بتسليمها فجائزة يطالب الكفيل بتسليم
ما بقي المبيع والمرهون ولا يصح الكفالة ايضا بالامانات كالودايع والمستاجر والمستعار ونحوها
لانها غير مضمونة والكفالة عقد ضمان فالكفالة بامانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة
والشركة لا تصح اصلا والكفالة بامانة واجبة التسليم كالعارية جائزة وعلى الكفيل تسليمها
فان هلك لا يجب شيء وهي اي الكفالة عما اي عن المتاع الذي في يد الاجير المشترك باطل عند
ابي حنيفة رحمه الله لان الاجير امين عنده وفي الاجارة لانه ضامن عندهما وقد مر بيانه في الاجارة
ولا تصح الكفالة بالحمل على الدابة مستاجرة بعينها لانها لو هلكت عجز الكفيل على الحمل عليها
وكذا لو كفل بخدمة عبد مستاجر بعينه او بخياطة خياط بعينه لان فعله لا يقوم مقام فعل غيره
ويصح بغير عينها لان الحمل على اي دابة مقدور للكفيل ولا تصح بمال الكتابة الا في رواية
شاذة عن ابي يوسف لانه دين على المكاتب بحيث لو عجز يسقط عنه ولا يمكن اثباته على الكفيل
كذلك ولا يمكن اثباته مطلقا لانه دينا في معنى الضمان اذ من شرطه الاتحاد وكذا لا تصح بمال السعا

عند ابي حنيفة رحمه الله ويصح عندهما واذا كان دين على اثنين لآخر فتكافلا اي كفل كل منهما صاحبه
وادى احدهما زائدا على النصف رجع بالزيادة على صاحبه لان كلا منهما في النصف اصيل وفي
النصف كفيل فما يؤديه اولا يقع عن النصف بالاصالة فاذا زاد على النصف يقع عن الكفالة
ولو تكفلا عن مديون ثالث لآخر بالف مثلا وكل منهما كفيل عن صاحبه اي كفل كل منهما بجميع الالف
عن الكفيل الآخر فالكفالة صحيحة وعند الثلاثة يتعين قضاء الدين بلفظه او بنيته كذا
في العيون كما تصح من الاصيل فيخير ان شاء رجع كل من الكفيلين بنصف ما يؤديه على الآخر
مطلقا اي سواء زاد على النصف ولا لان احدهما لو ادى شيئا وقع ذلك شايعا عنهما لاستوائهما
فيهما فيستويان في الغرم اذ كل منهما كفيل عن صاحبه بكل الالف فلا رجحان على الآخر بخلاف ما سبق
لان هناك النصف بجهة الاصالة والنصف الآخر بجهة الكفالة وما ادى احدهما كان مصروفا الى النصف
الاصيل لكونه اقوى وبخلاف ما اذا كفلا بالالف عنهما عليهما ثم كفل كل منهما عن صاحبه بامره
ففي هذه الصورة لا يرجع على شريكه الا بما زاد على النصف لان احدهما اصيل في خمسمائة بالنسبة
الا فيما التزم من صاحبه فلا يرجع اليه الا بما زاد على النصف الذي هو اصيل فيه وان كان كفيلا
بالنسبة الى الاصل المديون وبهذا اندفع اعتراض صدر الشريعة ينبغي ان يرجع ما ادى في هذه
الصورة ثم يرجع الكفيلان على الاصيل لانه اديا عنه دينه احدهما بنفسه والآخر بنائبه ولئن شاء
رجع المؤدي على الاصيل بكل ما ادى لانه كفل بكل المال عنه بامره ولو ابرأ الطالب احدهما اخذ
الآخر بكلها بالاجماع كذا في العيون

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحول وهو الانتقال ومنه تحويل الغراس بالنقل من موضع الى موضع وفي الشرع
نقل من ذمة المحيل هو المديون الذي عليه اصل الدين الى ذمة المحتال عليه هو المديون ثانيا
بتحمل الدين من المحيل على سبيل التوثق والمحتال له هو الداين الطالب بالدين من المحتال عليه
سواء كان اصيلا او كفيلا والمحتال به هو المال الذي احيل به فهذه الاسامي الاربعة يحتاج
الى معرفتها في الحوالة فيعتمد صحة الحوالة على قبول المحتال له والمحتال عليه وهي شرعية لقوله عليه السلام
من احيل على مليء فليتبع والامر بالاتباع يستلزم الجواز وهي تصح من الاجانب والاقارب في
جميع اصناف الديون صحيحا كان اولا من التجارات اولا وبدل الكتابة وغيرها كذا في المبسوط
وتصح الحوالة في الدين مطلقة كانت او مقيدة فالمطلقة ان يقول احتل لهذا عني بالف درهم
فيقول احتلت والمقيدة ان يقول احتل بالالف التي لي عليك فيقول احتلت وكلاهما جائزان

دون العين لانه لا يصح الكفالة فيها واما الاعيان التي تكون مضمونة بقيمتها يصح الحوالة كما يصح
الكفالة لان موجبها النقل من الذمة وانما يتصور في الدين فاختص به فكل دين يصح فيه الكفالة
يصح فيه الحوالة من الدين الصحيح والاعيان المضمونة بقيمتها كالمغصوب والمقبوض على سوم
الشراء برضا المحيل لانه يأخذ منه الحوالة وذكر في الزيادات ان رضاه ليس بشرط وهو قول
الثلاثة كذا في العيون لان المحتال عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين وفيه نفع للمحيل كما ان الكفالة
تصح بدون رضا المكفول عنه الا انه يشترط رضاه للرجوع عليه فلو قيل لصاحب الدين لك
على فلان الف فاحتل بها علي ورضي الطالب بذلك واجاز صحت الحوالة ورضا المحتال بالاجماع
فلا يصح في غيبته كالكفالة الا ان يقبل المحتال عليه ولا يصح ايضا في بدل الكتابة والاعيان
المضمونة بغير نفسها اما لا يجوز الكفالة فيه لما ذكر فيها ويقال له المحتال لان الدين حقه والذمم
يتفاوت فلا بد من رضاه ورضا المحتال عليه لان الدين يلزمه عليه بقبول الحوالة ولا لزوم
بدون الالتزام الذي لا يكون بدون الرضا ولان الناس يتفاوتون في الطلب ولا يشترط
حضوره في المجلس لصحتها حتى اذا احال غائب فقبل بعدما علم صحت وعند ابي يوسف رح ولهما
وفي رواية لا يشترط رضاه وعند مالك لو عرف شرط والا فلا كذا في العيني وان قامت الحوالة
نحن حكمنا ببراءة المحيل من الدين حتى لو مات المحيل لا يأخذ المحتال من تركته وانما اجبر المحتال
على القبول اذا قضى المحيل الدين لانه غير متبرع لاحتمال عود المطالبة اليه بتوى المال على المحتال عليه
لموته مفلسا بخلاف الاجنبي المتبرع اذا قضى دينه فانه لا يجبر المحتال على القبول منه وقال زفر رح
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة وحكم الحوالة عنده نقل المطالبة لا نقل الدين كما هو قول محمد رح ولان
كلا منهما عقد مشروع للتوثق ولنا ان الاحكام الشرعية على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة
الذي هو النقل انما يتحقق بفراغ ذمة الاصيل واما التوثق في الحوالة فالاختيار بالاملى و
الاحسن قضاء من المحيل ولو مات لا يأخذ المحتال من تركته ولكن يأخذ كفيلا من الورثة او من
الغرماء مخافة ان يتوى حقه لو مات مفلسا ولو ابرأ المحتال المحيل عن الدين بعد الحوالة يبطل
ابو يوسف رح الابراء لان المحيل بريء عن الدين لانتقال الدين من ذمته الى المحتال عليه ولو ابرأ
ذمة المحتال عليه يصح واجازه محمد رح الابراء لان الدين باق في ذمته عنده انما انتقلت عنه المطالبة
كما ذهب اليه زفر رح فصار في الابراء محلا فيكون في قول زفر رح في عدم براءة المحيل ولا يرجع
ابرأ ذمة المحتال عنه عندهما ونحن نثبت الرجوع اي رجوع المحتال على المحيل بالتوى اي بهلاك حق المحال

وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى وهو قول احمد وعند مالك رحمهما الله في رواية لو علم بالافلاس
لا يرجع لان ذمة المحيل برئت بالحوالة فلا يعود الدين اليه الا بسبب جديد ولنا قوله عليه السلام
اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين لا توى على مال امرئ مسلم ولان الحوالة تنفسخ بفوات حقه وهي مما
يحتمل الفسخ فصار كالمبيع اذا هلك قبل القبض وبالجحود مع الحلف انفسخ وعاد عند بعض المشايخ
وعند بعضهم لا يعود الدين بنفسه كذا في الحقائق وهو اي التوى يثبت عند ابي حنيفة رح باحدى
هذين الامرين لا غير بان جحده اي بان ينكر المحتال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا
المحتال على ثبوتها او مات المحال عليه مفلسا بهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه
فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول للمحتال لان العسرة هو الاصل وقالا يثبت التوى
وبالحكم به اي بحكم الحاكم بافلاسه في حياته لان المحتال يعجز عن اخذ الحق منه كالعجز عند موته مفلسا
وهذا الخلاف مبني على الخلاف في ان الافلاس لا يتحقق بتفليس الحاكم عنده لان مال الله غاد ورائح
وعندهما يتحقق واذا مات المحيل مديونا قبل اداء المحال عليه ما التزمه يقسم المال المحال به بين الغرماء
اي غرماء المحيل على قدر حصصهم ولم ينفرد به المحتال وقد قال زفر رح ان المحتال احق به لان الدين صار
له بالحوالة كالرهن ولنا ان الحوالة تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يملكه المحال قبل القبض
فيبقى الدين ملكا للمحيل فيستوفيه الغرماء بخلاف الرهن لان المرتهن صار مستوفيا دينه منه
عند قبض الرهن ولو احال البائع المديون غريمه على المشتري بالثمن ثم رد بالعيب على بايعه بعد
القبض او قبله بقضاء او بغيره او تقايلا العقد او بخيار الشرط او الرؤية او هلك المبيع قبل القبض
نحن حكمنا ببقائها اي بقاء الحوالة وللغريم ان يطلب المال المحال به عن المشتري وقال زفر رح
بطلت الحوالة وليس له ذلك لان الحوالة كانت مقيدة بالثمن وقد بطل فيبطل الحوالة كما لو استحق
المبيع ولنا ان الثمن كان واجبا ثم سقط بانفساخ البيع فيختص ذلك بالمتعاقدين فلا يظهر
ذلك في حق الغريم بخلاف الاستحقاق لانه ظهر فيه ان الثمن لم يكن ثابتا فيكون الحوالة المقيدة تبطل
اتفاقا باستحقاق المبيع او كان عبدا حرا واما الحوالة المطلقة لا تبطل اجماعا وكذا لا يبطل
الحوالة اجماعا باخذ المحيل الدين المحال به من المحتال عليه بعد الحوالة مطلقة كانت او مقيدة اما المطلقة
فظاهر واما في المقيد فلان المحيل ليس له حق الاخذ من المحتال عليه فان دفع فقد دفع ما
تعلق بحق المحتال فيضمن المحتال عليه واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به وقال المحيل
انما احلت بدين لي عليك فلا رجوع علي لم يقبل قول المحيل بالاجماع لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه

بامره متحقق باقرار المحيل فيرجع عليه بشيء واقرار المحال عليه بالحوالة لا يستلزم الاقرار بالدين لوجودها بدونه
ثم ادعى يدعي دينا على المحال عليه وهو منكر فالقول للمنكر او قال المحيل اذا طالب المحال به انما احلتك لتقبض
لي فاعطنيه اخذته فقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك لم يقبل بلا بينة لانه يدعي على المحيل الدين وهو ينكر
والقول للمنكر ولا يكون اقرار المحيل بالحوالة اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل
في الوكالة فلم يكن الدين مضمونا وعند الثلثة القول قول المحتال الا في وجه من الشافعية كذا في
العيون ويكره قرض يستفاد به امن الطريق ويقال السفاتج وفي المغرب السفتجة بفتح السين وفتح
التاء ان يدفع الى تاجر مالا بطريق الاقراض ليدفعه الى صديقه في بلد آخر وانما تقرضه ليسقط خطر
الطريق وهي تعريب سفته وانما سمي به الاقراض بهذا الكلام تشبيها له بوضع الدراهم والدنانير في سفاتج
اي في الاشياء المجوفة كما يجعل العطا مجوفة ويجعل فيه المال وانما شبه به لان كلا منهما احال بسقوط
الخطر في الطريق وانما يكره لما روي انه عليه السلم نهى عن قرض جر نفعا وقيل لو لم يكن المنفعة مشروطة
فلا بأس به وانما اورد في الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون في معنى الحوالة واعلم

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد يقال صالح الشيء اذا زال عنه المرض
وهو فساد المزاج وفي الشرع عقد يرتفع التشاجر والتنازع بين الخصمين وهو مشروع
ومندوب اليه قال الله تعالى فاصلحوا بينهما وقال الصلح خير وقال عليه السلام كل صلح جائز بين
المسلمين الا صلحا حرم حلالا او حلل حراما وقال عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم كي يصطلحوا ووجه
الندبية وضع الشريعة على رفع منار الفتن والتنازع واصلاح ذات البين لبقاء نظام
العالم وحصول التراضي بين الخصمين بقطع الخصومة ويجوز الصلح مع الاقرار اجماعا
ونحن نجيزه اي الصلح مع السكوت بان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ومع الانكار وقال الشافعي
لا يجوز فيهما لان المدعى عليه لو لم يقر فيما يدعي المدعي فيدفعه انما يكون لقطع الخصومة فيكون رشوة وهي حرام
لقوله عليه السلام الراشي والمرتشي في النار فيدخل في المستثنى فلا يجوز ولنا قوله تعالى والصلح
خير وهو مطلق والتقييد بحالة الاقرار زيادة على النص وبدل الصلح فيهما بعض حقه في زعم
المدعي ومعنى قوله عليه السلام احل حراما او حرم حلالا اي بعينه كما اذا اصلح على ترك وطي الفرج
او يجعل بدل الصلح خمرا او خنزيرا والاحلال محمول على اقتضاء الحل من حيث الاشتراط
وان كان مجازا فهو متعين هاهنا لانه لو افاد الحل حقيقة كان الصلح صحيحا وانما يكون رشوة
اذا اخذ بالجهة التي يدفعها الدافع وهاهنا ياخذ بجهة الاعتياض عن حقه في زعمه وهذا مشروع

اي وان ينقد غدا الالف عليه لان على يحتمل الشرط فيحمل عليه تصحيحا للتصرف او يحمل على المتعارف
والاداء في الغد يصح عوضا فيكون كقوله ادفع الي غدا خمسمائة على انك بري عن الخمسمائة فان لم يدفع
اليه غدا خمسمائة فالالف عليه ولو قدم الابراء بان قال ابراتك عن خمسمائة من الالف على ان
تعطيني خمسمائة غدا يقع الابراء اتفاقا اعطاه او لا لانه اطلق ابراء اولا ووقع الشك في تقييده
باداء الخمسمائة لان كلمة على ليس للشرط صريحا ولو قال اذا اديت الي خمسمائة او متى اديت او ان اديت
الي خمسمائة فانت بري عن الباقي فهو باطل ولا يبرا عن الباقي وان ادى اليه خمسمائة سواء ذكر
لفظ الصلح او لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل كما قال ان دخلت الدار فقد ابراتك كذا في شرح
الجامع الصغير ولو كان له عليه مائة درهم وعشرة دنانير فصالحه على مائة على ان ينقد خمسين من
مائة درهم ويؤجل الباقي فيها فنقدها اي الخمسين قبل التفرق يجيزه ابو يوسف رحمه الله لانه صرف النقد
الى بدل الصرف وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال ان الخمسين المعجلة لما كانت شائعة
في الكل اقتضى ان يكون بعض الدنانير معجلا فقد شرط في عقد الصرف تعجيل شيء من الدراهم والدنانير وتاجيل
شيء منها وانه شرط صفقة في صفقة فيفسد العقد ولابي يوسف رحمه الله ان نقد ما هو بدل
الصرف واجب عليه فيصرف النقد اليه لانه الواجب عليه تصحيحا للتصرف واما اشتراط التعجيل
والتاجيل في الدراهم فليس بشرط وانما هو امر انضم الى العقد لا على وجه الشرط لانه ذكر بغير
العطف لان المعطوف والمعطوف عليه لا يجب ان يشتركا في جميع الوجوه حتى لو صرح بالشرط
فقال على ان يكون الباقي مؤجلا الى كذا كان شرطا مبطلا للصرف والصلح اجماعا فلا يجب ان يعطف
قوله مؤجل على فصالحه ولو وكل رجلا في الصلح عن دم العمد او عن دين ببعضه فصالحه
لم يلزم الوكيل ما صالح عليه من بدل الصلح لانه في هاتين الصورتين ليس بمال حتى يكون
كالمبيع فيطالب الوكيل ببدله بل هو اسقاط محض فيكون الوكيل سفيرا عن الموكل فلا يضمن
كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه الوكيل ما صالح عليه فهو اخذ حينئذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح
ولو تبرع به غير المصالح بدل الصلح عن المدعى عليه فان صالح بمال وضمنه او قال صالحتك على الف
الزم تسليمها او قال الف هذه بان ينسب المصالح المال الى نفسه او على هذه الالف بالاشارة فقط صح
الصلح في جميع هذه الصور ولزمه المصالح تسليمها الى المدعي ولا يرجع بشيء منها على المدعى
عليه لانه متبرع فصار كالكفالة بغير امر المديون وان قال على الف ولم يشر اليها ولم ينسبها
الى نفسه توقف الصلح على اجازة المدعى عليه لانه هو الاصيل في عقد الصلح لعود النفع اليه فاذا اطلق

الصلح المالك كان عاقدا لاجله فيتوقف على اجازته فاذا اضافه الى نفسه صار اصيلا فيه فلا يتوقف على اجازته

فصل في دين المشترك والتخارج ولو صالح احد الشريكين في دين اشتركا فيه على الدين
من نصيبه على ثوب فان شاء شريكه اتبع المديون بنصفه اى نصف الدين لان حقه كان عليه ولم
يستوفه فبقي في ذمته وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع
ولو كان المقبوض كل الثوب للمصالح بلا اجازة شريكه لزم قسمة الدين قبل القبض وهي
غير صحيحة لان المقبوض ارتجع من الدين فلشريكه حق المشاركة في المقبوض الا ان يضمن له
المصالح لشريكه ربع الدين فيكون الثوب كله له فلا يكون سبيل للشريك على الثوب لكن للمصالح
خيار ايضا بين ان يدفع نصف الثوب وربع الدين لانه لو الزمناه ربع الدين لتضرر لان مبنى
الصلح على المسامحة لا على المماكسة لانه قد لا يبلغ نصف قيمة الثوب ربع الدين فلدفع هذا
اثبتنا الخيار للمصالح ولو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس
لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين
فانه حين القبض يكون مالا ولو صالحه على جنس الدين ليس للمصالح فيه خيار بل لشريكه ان
يشاركه فيما قبضه او يرجع على المديون لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولو اراد القابض
ان يختص بما قبضه ولا يرجع عليه شريكه فالحيلة فيه ان يهب الغريم قدر دينه وهو يبرئ في حصته
ولو استوفى احدهما نصف نصيبه شريكه الآخر فيه لئلا يلزم قسمة الدين قبل القبض ثم يرجعان
الباقي اى بباقي الدين على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم احدهما المقبوض للقابض
وتابع الغريم ثم توى نصيبه بان مات الغريم مفلسا يرجع على القابض بنصف ما قبض لان تسليمه
مقيد بشرط سلامة الباقي فاذا لم يسلم رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له ان يرجع في عين تلك
الدراهم لان حقه سقط بالتسليم بل يعود الى ذمته بمثلها ولو اشترى بنصيبه سلعة ان شاء
ضمنه الشريك الآخر ربع الدين لانه اتلف من نصيبه ذلك المقدار وان شاء اتبع المديون ولم
يجعل شريكا في الثوب المشترى كما جعله في الصلح عليه لان الشراء مبادلة من كل وجه وليس باستيفاء
لعين الحق والصلح استيفاء لعين الحق ولا يلزم من هذا قسمة الدين قبل القبض لانها في ضمن
صحة الشراء فكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا ولو احرق احدهما اى احد الشريكين في دين
على المديون مثلا مائة ثوبا له قيمته خمسين فلزم ضمانه عليه فتقاصا حصته من الدين وهي
خمسين بقيمة الثوب يمنع ابو يوسف رحمه الله شريكه من الرجوع على المحرق بحصته وهو ربع الدين

لانه انما يضمنون ما في الذمة والاعيان لا يثبت فيها ولهذا لو ادعى دينا فصالحه على بعضه يجوز
ويسقط الباقي بالابراء او ادعى شاة فصولح على صوفها لا يجوز اى يبطل الصلح لا يجيزه ابو يوسف رحمه الله
لانه اخذ بعض حقه في زعمه فتركه الباقي بالابراء عن دعوى الباقي كما في المسئلة السابقة فكما يجوز
البيع يجوز الصلح فيجيزه حالا ومنعه محمد جواز الصلح سواء ابرء عن الباقي او لا وهو المنع رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله قياسا على البيع فكما لا يجوز البيع لوقوع التنازع في موضع القطع فكذلك
لا يجوز الصلح عليه ولو صالح على صوف شاة اخرى لا يجوز عندهما وينبغي ان يجوز عنده لجواز
البيع عنده ولو صولح على لبنها في ضرعها او حملها لا يجوز اتفاقا لانه باع شيئا في حالة عدم
العلم بوجوده لاحتمال كونه لبنا او دما او ريحا ولا يجوز لتعليل قوله كما لو صالح على بعض المدعى
وترك الباقي وانه لا يجوز كما لو صالحه عن دار على نصفها او ربعها لاحتمال الابراء عن دعوى
الباقي منا بقرينة ذكره في المسئلة السابقة فلو علم وجود الابراء منا بقي الاختلاف المبني
على جواز البيع عنده وعدمه عندهما ولا يجوز تعليق الصلح بالشرط مطلقا بان قال اذا قدم
فلان فقد صالحتك على كذا ولا يجوز اضافته ايضا كان قال صالحتك على كذا غدا لان فيه
معنى التمليك فلا يجوز تعليقه ولا اضافته ولو قال المصالح للمسلم انت الحكم غدا او قال للذمي
ان اسلمت فانت الحكم بيننا فجاء الغد او اسلم الذمي يمنعه ابو يوسف رحمه الله ان يجعل حكما واجاز
محمد رحمه الله ان يجعل حكما لان هذا نوع تفويض فيصح تعليقه كالتوكيل وتقليد القضاء ولابي يوسف
ان التحكيم من باب المصالحة لان الصلح يحصل به فلا يجوز تعليقه بخلاف التوكيل وتقليد
القضاء لانهما ليسا من المصالحة والفتوى على قول ابي يوسف كذا في الخلاصة ويجوز الصلح
من دعوى مال ودعوى منفعة بمال ومنفعة لما سبق ان الصلح عن المال بالمال او بالمنفعة في معنى
البيع والاجارة لكن الصلح عن المنفعة انما يجوز اذا كان مختلف الجنس بان صالح على سكنى على خدمة
العبد واما اذا اتحد جنسها فلا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنفعة كما صالح عن سكنى دار
بسكنى دار اخرى كما في الاجارة ولو اوصى لرجل بسكنى دار سنة ثم مات وهو يخرج من الثلث
فصالح الوارث منها على سكنى دار اخرى مدة بسنتين فهو جائز بطريق اسقاط الحق بعوض
لا بطريق المبادلة فانها لا تجوز كذا في مجمع الفتاوى ويجوز الصلح عن جناية دم عمد لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف قال ابن عباس رضي الله عنه نزلت في الصلح عنه والمعنى
فمن عفي له من دم اخيه شيء اي ترك القصاص ورضي بالمال فاتباع بالمعروف اي يتبع الطالب المطلوب

بما صالح عليه وليؤدّ الى غير العافي حصته من الدية غير ناقص ويجوز الصلح بمقدار الدية عن
خطاء في النفس فاذا زيد عليه يكون ربا هذا اذا صالح على جنس الواجب اما اذا صولح على جنس اخر
كالحنطة والشعير ونحوهما يجوز بالغة ما بلغت لانه ليس من انواع الدية ولا ربوا ذكره كل ما صلح
مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد والا فلا لان كل واحد منهما مبادلة المال بغير مال
لان موجبها المال كالصلح عن ساير الديون الا انه لا يجوز الصلح بالزايد على قدر الدية في الخطاء
لان له مقدارا شرعيا وفي العمد يجوز لان القصاص ليس بمال ولو فسد التسمية في الخطاء
بان صالح على خمر وجب الدية لانه الموجب الاصلي وان فسد في العمد يسقط القصاص فلا يجب
شيء لان اقدامه على الصلح يتضمن الابراء ولان المال ليس من ضروريات الصلح فلغا ذكر العوض
فيبقى العفو فمتى فسد العوض يرجع الى الاصل كما في النكاح متى فسد المسمى يرجع الى مهر المثل
ويجوز الصلح من الجناية ما دونها اي فيما دون النفس سواء كانت بالعمد والخطاء ويتوى
فيما دونها سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت لا يجوز الصلح عن حد كما لان الحد من
حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وفي حد القذف حق الله غالب ولو صالح من دم
عمد عن هذين العبدين فاذا احدهما حر قال اي المصالح العبد الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله كما سمى
ما يصلح بدلا وما لا يصلح فلغا ما لا يصلح ويضيف اليه ابو يوسف رح الى العبد قيمة الحر
بعلم القيمة لو كان عبدا بالفرض لانه سمى المال وعجز عن تسليمه فيجب قيمته وبالاشارة اليه يعرف
حصته كما لو قال وعبد بهذا صفته واضاف محمد رحمه الله الى العبد تمام الدية تعد الى تمام الدية فيجب
دفع العبد اولا لجعله بعض البدل والزايد عليه من النصف الى تمام الدية ثانيا لانه انما رضي
بالصلح ليسلم له كلاهما ولا يمكن تسليم الزايد على العبد لانه مجهول فيصار الى تمام الدية معه
لكونها معلوما شرعا وقيمة العبد معلومة ولو عفى او صالح عن شجة عمدا او جراحة فمات
من الشجة بسرايتها فالدية واجبة عند ابي حنيفة رحمه الله والصلح والعفو باطلان وعليه القصاص
في القياس وفي الاستحسان عليه الدية في ماله واشار اليه في قال الجامع وفي الخطاء الدية على عاقلته
وقالا لا يجب شيء لان العفو عن الشجة عفو عن موجبها فيكون عفوا كما لو قال عفوت عنها وعما
يحدث منها وله انه عفى عن الشجة فلا يكون هذا عفوا عن القتل لان الشجة غيرها لكن سقط
القصاص بشبهة العفو فيجب الدية بخلاف ما قاساه لان ما يحدث متناول للموت وانما وضع
في السراية لانه لو برئ بحيث بقي له اثر فالصلح ماض وان ابى الرجل الصلح اتفاقا ولو صالحه من

وما يحدث منه فالصلح ماض بان مات من ذلك او برئ ولو قتل مدبر رجلا خطاء فصالح مولاه ولي القتيل
على عبد بعينه بغير قضاء القاضي ودفعه اليه او صالح على قيمته اي قيمة الدية بغير قضاء في الاصح
ثم قتل ذلك المدبر حرا آخر خطاء فولي القتيل الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء رجع على ولي القتيل
الاول بالنصف اي بنصف ما صالح عليه من نصف قيمة المدبر ونصف العبد المدفوع كما قال الا بلا
تخيير وان شاء رجع على المولى بنصف القيمة اي قيمة المدبر او بنصف العبد المدفوع ثم رجع
المولى على الاول اي على ولي القتيل الاول فان شاء رجع الى ولي القتيل الاول
واخذ منه نصف العبد المدفوع اليه وان شاء اتبع المولى واخذ منه نصف قيمة المدبر ثم المولى
يرجع على ولي القتيل الاول ويأخذ منه بنصف العبد وقالا ان يتبع ولي القتيل الاول ويأخذ
منه ذلك العبد وليس له ان يتبع المولى وكذلك الحكم في دفع قيمة المدبر الى ولي القتيل الاول
وانما قال في الاصح اي اصح الروايات عنهما لانه قيل ان المنقول عنهما في مسئلة رجوع ولي القتيل الثاني
الى ولي القتيل الاول لا يصح لانه لو فرض قيمة العبد المدفوع اليه عشرة وقيمة المدبر الفا
فرجع الولي القتيل الاول الى ولي الثاني خمسة فيتضرر لان حقه من القيمة المدبر خمسمائة في
هذه الصورة فيكون اضرارا له بغير رضا وهو غير معهود في الشرع وانما الصحيح فيما
نقل عنهما الخلاف اذا دفع قيمة المدبر كمالها الى ولي القتيل الاول بغير قضاء القاضي
على انه قد ذكر هذه المسئلة في الزيادات بدون ذكر صلح وذكر مكانه دفع قيمة المدبر بغير قضاء
لهما ان المولى الاول لم يلتفت حق المولى الثاني لانه حين دفع كل قيمة المدبر الى الاول كان
كل القيمة حقه فكان فعل المولى عين ما يأمر به القاضي من موجب جنايته فلا ضمان عليه فلا يرجع الثاني
على المولى الاول كما لو دفع بقضاء القاضي فيرجع الى الاول فقط وكذا ان جنايات المدبر وان
كثرت لا يوجب الا قيمة واحدة على المولى لان القيمة في المدبر بمنزلة عين العبد فان جنى
العبد كذلك لا يجب الا الدفع مرة واحدة حكما فان جنى المدبر جناية لو في تبين ان المولى دفع القيمة
بكمالها باختياره نصيب ولي كل الى الاول فيرجع عليه وان شاء الى ولي الاول ليتمتن حق غيره
بلا اذنه بخلاف ما اذا دفعه بقضاء القاضي لانه مجبور على الدفع كالوصي اذا صرف التركة الى الغرما
بغير قضاء القاضي ثم ظهر غريم آخر يضمن حصته ولو كان بقضاء لا يضمن ولو غصب عبدا فمات
العبد عند الغاصب فصالح مولاه على اكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة اما لو كان بعد لا يجوز
فهو اي الصلح جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الثلاثة كما في العيون

لان تجم المغصوب الهالك ثابت في ذمة الغاصب فان صالح على اكثر منها يكون ربا وله ان العين
بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه او يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم الا يرى انه
لو اختار التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه فيكون الماخوذ من الغاصب قبل القضاء بدلا
عن المغصوب لا عن قيمته فلا يكون ربا فلو صالح باكثر من قيمته قبل موته يجوز اتفاقا وكذا الخلاف
في كل مغصوب له كان ذات القيمة لانه لو كان مثليا فهلك فالمصالح عليه لو كان من جنس المغصوب لا يجوز
الزيادة اتفاقا ولو كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ولو ادعى نكاحها فجحدت المرأة ثم صالحته على
مال لترك الدعوى جاز فكان اي الصلح في معنى الخلع اجماعا في جانبه لزعمه ان النكاح قايم والدفع
لترك الخصومة في جانبها ولو كان المدعي مبطلا في دعواه يحرم عليه ما اخذ ديانة ولو ادعت
هي نكاحه فصالحها على مال لترك دعواه جاز ويكون المدفوع في جانبه لدفع الخصومة ومن
جانبها يا ايهمن وقيل لم يجز هكذا في نسخ بعض القدوري وجهه ان تركها ان جعل فرقة
لا يجوز اعطاء شي لاجلها وان لم يجعل فرقة بقي الحال على ما كان عليه من الدعوى فلم يكن في مقابلة
هذا العوض شي او ادعى عبودية رجل فصالحه على مال لترك دعواه جاز وكان في زعم المدعي
في معنى العتق على مال اجماعا لكن لا ولاية له عليه لانكار العبد ذلك وفي زعم المدعى عليه يكون لدفع الخصومة
لزعمه انه حر الاصل الا انه لا ولاء له والتهاني اي تناوب الشريكين في غلتي عبدين وكذا
غلة عبد واحد على ان ياخذ هذا غلة هذا العبد بدل خدمته شهرا او ياخذ ذاك الشريك
غلة ذاك العبد شهرا باطل عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يجبرهما القاضي عليه لان الغلة بدل الخدمة
ويجوز المهاياة في خدمتهما فكذا في غلتهما ولهما ان التسوية في القسمة واجبة ولم يوجد في غلتي عبدين
لان احدهما قد يجد مستاجرا ولا يجد الاخر فيكون كسبه اكثر منه والخدمة عبدين فعن ابي حنيفة رحمه الله
روايتان والاصح ان القاضي يجبر على التهاني عنده ايضا اذ لا يتفاوت ظاهرا او يتفاوت
قليلا وكذا خدمة عبد واحد لا يتفاوت اصلا واما التهاني في غلتي دارين فانما جاز لان العقار
لا يتطرق اليه التغيير ظاهرا فامكنت المعادلة فيجوز التهاني فيها اتفاقا وهو اي التهاني
في ركوب دابة او غلتها او غلتي دابتين او ركوبهما لا يجوز ايضا الا اذا اصطلحا اصطلاحا اي على
وجه الصلح بينهما اجاز عند ابي حنيفة رحمه الله لا جبرا اي لا يجوز التهاني على وجه الاكراه عنده كما لا يجوز
في غلتي العبدين ومعناه اي التهاني في غلة دابة سواء كان على وجه الصلح او الجبر كما يجري في
غلة عبد واحد واجازته في الباقي جبرا وهذا بناء على ان القاضي لا يقسم الحيوان جبرا عنده ولا

فيها فكذا في غلتها وعندهما يقسم جبرا فكذا يقسم منافعها وفي غلة دار واحدة عن ابي حنيفة روايتان
في رواية لا يجوز لجواز ان يجد احدهما من مستاجرا دون الاخر وفي رواية يجوز وهو ظاهر المذهب
فلا من عن التغيير وان تصالحا وتراضيا بالمهايات قيل يجوز في جميع الصور بلا خلاف وهو
الصحيح كذا في شرح المنظومة فينبغي ان يجوز في غلة عبد واحد على وجه الصلح والرضا عنده
والحاصل ان المهاياة لا يجوز عنده الا بشرطين احدهما ان يكون قسمة الاصل تستحق على ذلك
الوجه الثاني ان يكون المنافع غير مختلفة كالدار يستغل كل واحد بعضها واما عندهما يجبر المهاياة
في الغلة في كل موضع يجوز قسمة الاصل ولا يعتبران اختلاف المنافع وعندهما اعتبر تراضيهما
فيما يحتمل القسمة بالتراضي في الاصل كذا في الينابيع فهذه اثنا عشرة مسئلة اثنين منها
لا يجوز اتفاقا وهما مثل غلة عبد واحد وغلة بغل واحد وست يجوز اتفاقا سكنى دار او دار
خدمة عبدا وعبدين وفي ست خلاف وهي ما ذكر في المتن وقد اكتفى في موضعين بذكر مسئلتين
على وجه المبهم في صدر الكتاب باشارة الى الخلافين وذكر الاول بقوله وهي التهاني في غلة
عبدين وغيره بالبطلان الذي يلزمه عدم الجواز ويفهم منه حكم المسئلة الثانية عنده ويفهم
خلافهما ايضا وهي التهاني في ركوب دابة وغلتها وركوب دابتين وغلتهما لاشتراكهما في الدليل
الذي ذكره وذكر ثانيهما بقوله في ركوب دابة الخ فصرح مذهبه واشار الى قولهما على وجه المبهم
وهو جواز التهاني على وجه الصلح عنده وعدم الجواز عندهما وصرح بما هو المراد في المسئلة
الاولى وعدم الجبر في القسمة بقوله لا جبرا اشارة الى ان حكم المسئلة الاولى وهو جواز التهاني
على وجه الصلح لا على وجه الجبر لاشتراكهما في الدليل ثم ارحف قولهما بقوله ومنعاه في غلة دابة و
اجازاه في الباقي جبرا لاحتياج قولهما الى التفصيل ويفهم منه خلافه وهو جواز التهاني على وجه الصلح
في غلة دابة واحدة عنده لا على وجه الجبر لعدم تساوي غلتيه في زمانين كما لم تساو غلتين في
غلتي عبدين في شهر فيكون عدم الجبر في تهاني غلة دابة واحدة متفقا عليه ولو اسلم رب السلم
عشرة اي عشرة دراهم في كر ثم اصطلحا على زيادة نصف كر اخر بان يعطي المسلم اليه لرب السلم
نصف كر اخر سواء كان من جنسه ولا الى اجل اي الى اجل السلم المذكور لم يصح الصلح اتفاقا اذ
لو جاز الصلح لبطل عقد السلم المقدم عليها لان بعض رأس المال الذي جعل رأس مال في السلم قبل
الزيادة يجعل بازاء هذه الزيادة بالضرورة لوجوب مقابلة بعض الثمن بمقابلة الزيادة من المبيع بلحوق
العقد لا زيادة مبتدأة فاذا قابلها يصير بعض الثمن دينا على المسلم اليه فيصير كانه اسلم

برأس مال مؤجل وانه لا يجوز لنهيه عليه السلام عن دين بدين وعليه اي المسلم اليه نقد ثلث العشرة
عند ابي حنيفة رحمه الله وهي حصة الزيادة من رأس المال الى رب السلم وايضا لذكر اكثر المسلم فيه على
التمام عند تمام مدة الاجل وقالا لا يرد شيئا من رأس المال لانه حكم بالرد لزم الحكم بصحة الزيادة
وهي لم يصح بالاجماع فبقي العقد الاول على حاله فصار كما لو زاده نصف كر بعد انقضاء المدة وله انه
اسلم اليه بالزيادة شيئين اخراج ثلث رأس المال من السلم الاول وجعله مقابلا بهذه الزيادة فلم
يصح الثاني لما بيناه فبقي اخراجه صحيحا اذ لا مانع فيرده بخلاف زيادة بعد تمام المدة لانتهاء العقد الاول
بانقضاء الاجل ولو صالحه على ان زاده رب السلم عشرة دراهم جاز اجماعا لان المعقود عليه قائم في الذمة
ولو وجد المشتري بطعام اشتراه عيبا فصالحه على ان يزيده طعاما من غير جنس المعيب الى اجل فهو اي
الصلح باطل عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا اي سواء كان ثمن الكل منقودا في المجلس اولا وقالا ان لم
ينقد الثمن في المجلس فغير باطل اولا وقالا ان علم بنقد الثمن في المجلس فباطل صلحه وان نقد صح فلو كان الزايد
من جنسه يجوز ولو لم يكن الزيادة مؤجلة يصير بيعا حالا فيجوز اجماعا وهذا الخلاف بناء على ان
اعلام قدر رأس المال شرط عنده وغير شرط عندهما فالزيادة الى اجل في معنى السلم فيكون
بعض الدراهم من الثمن بمقابلة هذا الزايد وهو مجهول فلا يصح عنده ويصح عندهما واذا صالح
عن عيب على دراهم ثم زال ذلك العيب بطل الصلح ورد عليه الاخذ لان الخصومة قد زالت وكذا
اذا صالحه عن مال فتبين انه لم يكن عليه ذلك المال او ادعى على اخر حقا فصالحه على خدمة عبده
او سكنى داره او على زراعة ارضه او على لبس ثوبه او على ركوب دابته شهرا فهلك المدعى عليه قبل
استيفاء المنافع لا يبطله ابو يوسف رحمه الله الصلح فيستوفي المدعي المنافع من هذه الاشياء لان ذلك
نزل منزلة الوصية اذ سلم المنافع لم يقابلها بدل في الظاهر وموت الموصي لا يبطل الوصية
فكذا هذا او هلك المدعي يبطله ابو يوسف رحمه الله الصلح في الركوب واللبس استحسانا لا في غيرهما
فاجاز في الباقي لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس والمدعى عليه انما رضي بهما للمدعي لا لوارثه
بخلاف الزراعة والسكنى لانه لا تفاوت فيهما فيقوم الوارث مقام المدعي وابطله محمد رحمه الله الصلح في
الكل وهو القياس لان العقد ورد على المنفعة فكان في حكم الاجارة فيبطل بموت احد العاقدين
او هلك محل المنفعة من العبد والدار والارض بفعل ضامن باهلاك الاجنبي فاخذ منه
قيمته يجيزه ابو يوسف رحمه الله للمدعي في مطالبته عبدا للخدمة فان شاء يطلب من المدعى عليه
ان يشتري له عبدا فيستوفي منه الخدمة لانه في حكم الموصى بمنفعة فلا يبطل بهلاكه او شاء

نقض الصلح ورجع الى دعواه لتغير محل ما صالح عليه وابطله محمد رحمه الله الصلح لما مر انه في حكم
الاجارة عنده فينفسخ بتعذر المعقود عليه فلو هلك بنفسه او اهلكه المدعى عليه يبطل الصلح اتفاقا اما
عند ابي يوسف رحمه الله فلانه كالبيع من وجه لكونه في مقابلة شيء فيبطل كما يبطل البيع بهلاك المبيع
قبل القبض واما عند محمد رحمه الله فلتعذر تسليمه كما مر ولو اهلكه المدعي فعلى الخلاف المذكور لكن بعض
المشايخ رحمهم الله لا تخير بل يستوفي المنفعة من العبد المشترى بقيمة الهالك لان التغير حصل بفعله
فصار راضيا به ولو باعه المدعى عليه بعد يجوز عند محمد رحمه الله كما في الاجارة ولم يجز عند ابي يوسف رحمه الله
لانه قد باع ما فيه حق المنفعة كذا في الكافي ولو استاجره منه المدعى عليه العبد من المدعي بعد ما صالح
على خدمة مدة معلومة وسلمه المدعى عليه العبد الى المدعي يجيزه ابو يوسف رحمه الله عقد الاجارة
لانه كالبيع ولا يبطل الصلح ومنعه محمد رحمه الله وقال لا يجوز الاجارة ويبطل الصلح لان العبد
كالمستاجر عنده فلو اجر المستاجر من المؤجر في مدة الاجارة لا يجوز فكذا هذا واذا صالح الاجير الوحد
بعد دعوى هلاك المال وانكار المالك اجازه محمد رحمه الله صلح الاجير الخاص والمودع بعد دعوى
الهلاك والرد اي دعوى الاجير والمودع هلاك الوديعة او دفعها اليك فصالحه على مال وقالا لا يجوز
الصلح فيهما لان كلا من الاجير والمودع امين فيصدق في قوله فصار كما لو اقام البينة على
الهلاك او الرد وله ان الصلح لقطع الخصومة وقد تحققت لادعاء المالك وانكار الاجير
والمودع والعين فهذه المسئلة على وجوه الاول ادعى الوديعة وانكر المودع فصالح على مال
جاز اجماعا الثاني ادعى المالك الايداع والاتلاف والمودع الرد والهلاك وصالح لا يصح عند
الامام الثاني لان البراءة حصلت بقوله والحكم الثابت بقوله لا يبطل بدعوى المالك الاتلاف
ولهذا لم يصح الصلح قبل الدعوى فكذا بعده وعند محمد رحمه الله الثاني ثانيا يجوز واجمعوا
ان المودع لو حلف على ادعاه لا يصح الصلح وقال الامام السعدي اذا قال المالك انك استهلكتها وادعى
المودع الرد او الهلاك يجوز الصلح اجماعا وعامة المشايخ لم يفرقوا بين المسئلتين وجعلوا
كليهما على الخلاف والرابع اذا قال المودع رددت او هلكت فلم يقل المالك شيئا وسكت ذكر الكرخي
انه لا يصح الصلح عند الكل خلافا لمحمد رحمه الله كذا في البزازية ويمنع ابو يوسف رحمه الله الرد بعيب حادث
قبل القبض اي قبض المشتري المبيع بعد صلحه اي صلح البايع مع المشتري عن ابرائه من كل عيب
في المبيع فلم يكن للمشتري ان يرده الى البايع وخالفه محمد رحمه الله ابا يوسف رحمه الله في قوله وقال له ان يرده
الى البايع لان هذا العيب الحادث لم يكن حال الابراء فلا ينتظمه البراءة السابقة في حقه ولابي يوسف ان الغرض

من الصلح ان يلزم العقد ولا يتم ذلك الا بصرف الابراء الى الحط فيكون الحادث قبل القبض بعد
العقد كالحادث قبل العقد ولو اشترى عبدا فتقابضا ثم اطلع المشتري على عيب فانكر البائع كونه
عنده او كان يحدث عند المشتري عيب آخر ومات او اعتق فصالحه على دراهم او مؤجلة جاز

فصل

في المصالحة في الديون والتوكيل به والتبرع واذا صولح عن دين ببعضه بان قال ادفع الي خمسمائة
على انك بري من الفضل سواء دفع او لم يدفع جاز ولم يكن الصلح معاوضة لانه ابراء على كل حال
لانه ابراء عن الخمسمائة بشرط تعجيل الباقي وتعجيل الباقي مستحق عليه بقضية السبب فلا يفيد
هذا الشرط فيبطل فبقي قوله على انك بري منها استيفاء لبعضه واسقاط للباقي تصحيحا للكلام
بهما امكن كمن صالح عن الف على خمسمائة او عن الف جياد بخمسمائة زيوف فيجعل الطالب مستوفيا [؟]
ومسقطا للبعض والصفة في الثاني واما الصلح عن الف زيوف على خمسمائة جياد فغير جائز
لامتناع حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لم يستحق الجياد فيكون معاوضة
فيلزم الربا واذا صولح عن حالة بمثلها اي الالف حالة بالف مؤجلة فانه جائز فيجعل كانه
اجل نفس حقه لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة غير جائز ولا الصلح عن دراهم حالة بدنانير مؤجلة
فانه لا يجوز لانه لا يمكن حمله على تاخير حقه لان الدنانير لم يكن حقه فتعين حمله على المعاوضة
فلا يجوز لكون النسيئة فيه ربوا ولا عن الف مؤجلة بخمسمائة حالة لان المعجل خير من المؤجل ولا
يستحق التعجيل بحكم السبب فلو استحق المعجل كان عوضا عن المؤجل فيكون الحط بمقابلة الاجل
فيكون ربا لان الاجل صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز ولو صالح المولى مكاتبه
عن الف مؤجل على خمسمائة حالة جاز لان معنى الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضة فلا يكون
هذا مقابلة للاجل بل يكون ارفاقا من المولى بحط بعض البدل ومساهلة فيما بقي قبل حلول
الاجل ليتوصل الى شرف الحرية وهو مندوب شرعا ولا عن الف سود بخمسمائة بيض وهو كانت
الصفة فيها اكثر من الف بخمسمائة بيض لان البيض غير المستحق المعقود عليه وهي الزايدة
في الوصف فيكون معاوضة للالف بخمسمائة وزيادة فانه ربا ولو قال لمديونه ادّ الي غدا خمسمائة
على انك بري من الباقي فحكم ابو يوسف بوجوب براءته مطلقا ادى غدا او لم يؤد لان على للمعاوضة
والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح فيكون كمن قال ادفع الي خمسمائة على انك بري
من الفضل اجماعا لان التعجيل اذا لم يكن موقتا لا يتحقق ويكون وقت العجز فلا ينتقض
البراءة بعدم الدفع كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان وقالا ان نقد في غد يكون والا

لان المدعى عليه يدفع لقطع الخصومة عن نفسه او المال وقاية النفس ودفع الرشوة لدفع الظلم
جائز كذا في الهداية على ان المال انما سمي رشوة اذا اخذ الآخذ بالجهة التي يدفعها الدافع اليها وهنا
هو ياخذ بجهة اخرى وهي جهة الاعتياض عن حقه في زعمه ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بذل الصلح
كالمقر به يكون عوضا عن المدعى والمدعى عليه بالاقدام على الصلح يكون المقر به لان القاضي يقول الي
ضرورة اجابتك الى الصلح فكان من حقك ان يدفع الى المدعي لا ان تمنع ظلمه فلما اخترت الصلح
صرت كالمقر لكن هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فاذا كان الصلح بالاستحقاق بطل في ما كان في ضمنه
فان وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال اعتبر وقيس بالبيع لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال
بالمال بتراضي المتصالحين لان الاعتبار في العقود للمعاني دون الالفاظ فما صلح ثمنا صلح بدلا
فيترتب عليه كلما يترتب على البيع في البدل والمبدل من الخيار والشفعة في العقار وجواز
الرد بالعيب وثبوت خيار الرؤية والشرط وشرط القدرة على تسليم البدل وغيرها هذا اذا وقع
الصلح على خلاف جنس المدعى وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء
وان كان باكثر منه فهو ربا لا يجوز او وقع الصلح باقرار عن مال بمنافع او وقع عن منافع بمال
كما ادعى سكنى دار سنة وصية من مالكها فاقر به وارثه فصالحه عن مال او ادعى مالا فاقر المدعى عليه فصالحه
بسكنى دار سنة فبالاجارة اي اعتبرناه بالاجارة لوجود معنى الاجارة فيهما وهو وقوع المال في مقابلة المنفعة
قال السرخسي ان وقع الصلح على دين فحكمه حكم الثمن وان وقع على عين فحكمه حكم المبيع وان استحق فيه
اي في الصلح عن اقرار بعض المصالح عنه رد المدعي حصته من العوض وان استحق الجميع اي جميع المصالح عنه
فالجميع اي رد جميع العوض وان استحق جميع المصالح عليه اي كل العوض رجع المدعي بكل المصالح عنه
او استحق بعضه اي بعض العوض فببعضه اي رجع ببعض المصالح عنه لان حكم الاستحقاق في
البيع يكون كذلك وهو اخذ حكمه لكونه في معناه هذا اذا لم يكن التشقيص فيه عيبا ولو كان عيبا
فله الخيار كما في البيع وان وقع الصلح عن سكوت او عن انكار كان معاوضة في حق المدعي لان في
زعمه اخذ عوضا عن حقه ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المدعى عليه لان في زعمه ان المدعي
كاذب في دعواه وانما يدفع المال لئلا يحلف وفداء اليمين شرع نص عليه في الجامع الصغير حيث
قيل فلو فدا يمينه بعشرة دراهم يجوز وذكر ما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان رجلا ادعى عليه
مالا فطلب يمينه فقال لا يحلفني وذكر عشرة دراهم فابى فقال لا يحلفني وذكر عشرين فابى فقال لا
يحلفني ذكر ثلثون وابى فقال وكذا اربعون فابى ومن هذا وقع في زمن العلم ان اليمين الصادقة

تشترى باربعين درهما فذا فى الانكار ظاهر واما فى السكوت فلان جهة الانكار ظاهر ولما فى السكوت فلان جهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يثبت كونه عوضا بالشك لقيام الاحتمال ويجوز لشئ واحد حكمان مختلفان فيجوز ان يختلف حكم الصلح بالنظر الى المصالحين كالاقالة فسخ فى حق العاقدين وفى حق ثالث الشفيع بيع كان له المطالبة بالشفعة فان صالح عن دار عن انكار بشئ دفع الى المدعى لم تجب فيها اى فى الدار شفعة لانه يدعى انها كانت داره كما كانت وان المدفوع ليس بعوض وانما هو افتداء يمين وان صالح عن انكار عليها اى على الدار وجب الشفعة لان المدعى ياخذ ها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة فهو اخذ بزعمه وان استحق فيه اى فى الصلح عن انكار المصالح عليه وهو العوض فى زعم المدعى رجع على الدعوى فى كله اى فى كل المصالح عنه او استحق بعضه اى بعض المصالح عليه ففى بعضه اى فيرجع فى بعض المصالح عنه لانه ترك دعواه ليسلم البدل فاذا سلم رجع بالمبدل وهو الدعوى او استحق المصالح عنه اى كل المصالح عنه وهو المدعى نقد المدعى العوض لان المدعى عليه انما بذله ليبقى للمدعى فى يد من غير خصومة فاذا استحق لم يحصل مقصوده فيترد العوض ويرجع بالخصومة فيه ويجوز الصلح عن حق مجهول لانه اسقاط لا يفضى الى المنازعة ولا يصح الا على بدل معلوم باشارة ان كان باعيان مشار اليه وبيان القدر ان كان مما يثبت فى الذمة هذا اذا كان بدل الصلح محتاجا الى القبض لانه تمليك فيفضى الى المنازعة اما اذا لم يكن محتاجا الى القبض كمن يدعى حقا فى دار وادعى المدعى عليه حقا فى حانوته فتصالحا على ان يترك كل منهما دعواه عن صاحبه صح وان لم يكن معتادا حق كل منهما لعدم الوقوع كل منهما مصالحا عن وجه ولذا كان له على آخر الف درهم فاعطاه دراهم مجهولة الوزن على وجه الصلح يجوز ويحمل على انه اقل ولو اعطاه على وجه القضاء لا يجوز الا بعد كذا فى الفتاوى الصغرى فلو استحق بعض دار صولح على معلوم ادعت فيها حق متعين بعضها حال كون المدعى مجهولا ولم يبين المدعى المدعى عنها لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فى بعض الباقى فلو استحق كل الدار يرد كل العوض لخلوه شئ يقابله ولو ادعى دارا كلها فصولح على بعض منها معلوم منها ان جاز ان ابرأه اى المدعى والمدعى عليه عن دعواه فى الباقى او زاد فى بدل الصلح درهما ليكون عوضا عن حقه فى الباقى ولو لم يبرأه عن دعوى الباقى او لم يرد درهما فى بدل الصلح لم يجز صلحه لان المصالح عليه عين حق المدعى وهو مقيم على دعواه فى الباقى ولو ابرأه عن باقى عين الدار لا يجوز لان الابراء عن الاعيان لا يكون

لانه يصل اليه بهذا الفعل مال فلم يكن قابضا فلا يرجع عليه كما اذا جنى عليه جناية موجبة للارش فصار قصاصا وخالف محمد ابا يوسف وقال يرجع عليه بربع الدين لانه ملكه بالعين بالاتلاف فصار كقبض الدين ولو صالح احد الشريكين فى سلم من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابى يوسف جواز الصلح مطلقا وله نصف راس المال وشريكه بالخيار ان شاء شاركه فيما قبض وان شاء تبع اليه بنصيبه الا اذا توى عليه فيرجع على شريكه ثم المصالح بالخيار ايضا ان شاء دفع اليه نصف ما قبض وان شاء دفع اليه ربع المسلم فيه ومتعاه وقالا يتوقف على اجازة شريكه فان رد الصلح بطل الصلح بطلانا اصلا فيكون الطعام المسلم فيه بينهما وان اجاز نفذ عليهما فكانهما صالحا نصف المسلم فيه بنصف راس المال فلهذا قيدنا قوله بالاطلاق لانصرافه الى الكمال ليظهر قولهما ان قولهما ليس بطرفى النفى والاثبات من قوله وقدم الكلام فيه فى باب السلم بدليلهما مع التفصيل ولو صالح للورثة احدهم فاخرج من التركة وهى عقار او عروض بمال جاز الصلح قليلا كان ذلك المال او كثيرا لانه فى معنى البيع العروض بالقليل والكثير ولو كانت الاعيان مجهولة وهو الاصح لانه غير مفضية الى المنازعة لانها فى ايديها فى الورثة وروى ان عثمان رضى الله عنه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع الثمن على ثمانين الف دينار لا يحتاج الى القبض كمن اقر بغصب عين فلان شيئا فباع المقر من المقر جاز وان لم يعرفا قدره حتى لو كان بعض التركة فى المصالح المجهول حتى يصير الجميع معلوما وقيل لا يجوز اذا كانت مجهولة وان كانت التركة فضة فصالحوه من نصيبه فاعطوه ذهبا او بالعكس بان كان التركة ذهبا فصالحوه على فضة جاز الصلح مطلقا قليلا كان البدل او كثيرا لانه بيع الجنس بخلافه لكن يشترط التقابض وان اشتملت التركة على النقود وغيرها فصالحوه على نقد ندفع شيئا فى البدل على نصيبه من ذلك النقد اى من الفضة او الذهب الكاين فى التركة ليكون قدر نصيبه مقابلا بالمثل والزايد عليه بجنس من بقية التركة لكن لا بد من التقابض فيما يقابل النقدين منها فان انصادقوا على كونه زايدا وان صالحوه على تقدير الانكار يكون كيف ما كان فى معنى البيع ولو كان بدل الصلح عرضا فى هذه الصور جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان فيها اى فى التركة ديون فاخرجوا منها المصالح من الديون على ان يكون الدين لهم لا يجوز الصلح لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل الصلح اى يبطل رب الدين كذا فى البزازية ثم سرى البطلان الى الكل لان الصفقة

واحدة سواء بقي الحصة او لم يبق عند ابي حنيفة بو اده وينبغي ان يجوز عندهما في غير النقدين
اذا بقي حصته فان شرطوا ان يبرأ المصالح الغرماء من نصيبه من الدين جاز لان ذلك تمليك
الدين ممن عليه وانه جايز وفي المحيط لو ابرأ احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكر لا يسمع
دعواه وان اقروا بالتركة امروا بالرد عليه وهذه حيلة جواز الصلح وحيلة اخرى ان يعطي
الورثة نصيب المصالح من الدين متبرعين ثم صالحوه عما بقي من التركة لكن في هذين الوجهين
ضرر للورثة لان في الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وفي الثاني
الثاني ان العين خير من الدين والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوه
عما وراء الدين وعليهم المصالح على استيفاء نصيبه من الغرماء كذا قال صاحب الهداية لما انه
لا يخلو عن ضرر التقديم في وصول ماله والاوجه ان يبيعوه قدرا من تمر ونحوه ثم يحيلهم
على الغرماء

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدم الاستحقاق يقال
وهبته ووهبت منه ووهبت له قال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور
والاتهاب قبول الهبة ولهذا شرط فيها القبض لان تمام الاعطاء بالدفع والتسليم
وهي امر مندوب وصنع محمود ومحبوب قال عليه السلام تهادوا تحابوا وفي رواية تهابوا
وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال في حديث بريرة هو لها صدقة ولنا
هدية وقال عليه السلام لو اهدي الي طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت وعلى
ذلك انعقد الاجماع تنعقد بالايجاب والقبول لما اذا صدرت عن اهلها وهو ان يكون المالك
حرا بالغا عاقلا فلو لم يكن المالك كذلك لا يصح فلا يجوز من عبد وصبي ومجنون الا ان
اصحابنا قالوا لا بأس للمرأة ان تتصدق باليسير من مال زوجها كالرغيف ولا يجوز بالكثير
وايضا والنا في بعيم الله شرطوا القبض للملك اي لا يصير الموهوب ملكا للموهوب له
الا بالقبض وقال مالك يثبت الملك قبل القبض لانه شرط لوجوه التمليك والتملك بمجرد العقد كما في
البيع ولنا ما روي عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا انه عليه السلام قال لا يجوز الهبة
والصدقة الا مقبوضة ومحوزة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت اتفاقا
ولما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لعايشة رضي الله عنها كنت نحلتك جداد عشرين وسقا
من تمر العالية ولم تكن قبضته انما هو مال الورثة ولو لم يكن القبض شروطا لما قال ذلك
ولانه عقد تبرع فلا يثبت الملك قبل القبض لاستلزامه الزام المتبرع لما لم يتبرع به وهو

التسليم فيتوجه الضمان عليه فان قبض الموهوب له الموهوب في المجلس اي مجلس عقد الهبة
بغير اذن من الواهب جاز استحسانا والقياس ان لا يكون قابضا الا باذنه لانه تصرف في ملك الواهب وجه الاستحسان
ان ايجاب الهبة يكون اذنا له بالقبض دلالة فالايجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت في ضمنه بخلاف ما
لو نهاه عن القبض في المجلس لان صريح لا يعارضه ما ثبت بالدلالة فيكون النهي رجوعا هذا اذا لم يكن
متصلا بملك الواهب ولو كانت كذلك كما اذا وهب ثمرا في النخل او قفيزا من صبرة فان جزه وكاله
في المجلس لا يجوز لان القطع او الكيل لا يتصرف في ملك الغير فلا يصح الا بانابة صريحة وفي النوادر
لو قال الموهوب له قبضته والموهوب حاضر صار قابضا لتمكنه منه كالتخلية في باب البيع وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يصير قابضا به ولكون الاذن الضمني تابعا للايجاب فيختص بالمجلس
ايضا لا يكون اذنا بعد الافتراق اي افتراق المجلس فيحتاج الى اذن صريح بعده فلا يتم
الهبة فانه بمنزلة الصوري لحصول الملك للموهوب له حتى لو قبض ولم يقل قبلت صح ولو
امره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس فيجوز بعده لانه يتيح بالايجاب فيستمر ما لم ينه ثمه
كذا في المحيط وقبول هبة الدين ممن له عليه لا يلزم القبض لانه اسقاط حتى لو مات قبل العلم
او سكت يبرأ لكن يبطل ويرتد بالرد وقال زفر بواسم قبول الابراء شرط ايضا ولا يرتد بالرد
ولنا ان التصرف في الدين تمليك حكما اسقاط حقيقة فلكونه تمليكا يرتد بالرد ولكونه
اسقاطا يصح من غير قبول توفيرا على الشبهين ولو وهب دينا من غير من عليه الدين وامره
بقبضه جاز استحسانا وان لم يامره لا وبه لا يجوز كذا في البزازية ولو قال الرجل انا ان تناول
من نخلتي فهو حلال له قيل لا تحل له فمن تناول لزمه الضمان وقيل يحل لان هذا اباحة
والاباحة لمجهول جايزة قال الصدر الشهيد وبه يفتى فلو كانت العين التي وهبت من
الوديعة وغيرها في يده اي في يد الموهوب له كالمودع والغاصب والمستعير ملكها ذو اليد
بمجرد الهبة وان لم يجدد فيها قبضا لانه وان كان قبضه امانة ينوب عن قبض الهبة فهو اقوى
لكونه مضمونا والاعلى ينوب عن الادنى وفي القنية القبول شرط في هذه الصورة لو لم
قبلت لا يجوز الهبة وتنعقد بوهبت ونحلت واعطيت لان كلا منها يستعمل بمعنى الهبة
واطعمتك بهذا الطعام لان الاطعام لو اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين
واذا اضيف الى ما لا يؤكل كقوله اطعمتك هذه الارض يراد به العارية فينتفع
بثمارها كذا في الهداية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فاقبضه فهي هبة لان الاطعام يحتمل

يحتمل التمليك والاباحة فاذا ذكر عقيبه القبض دل على انه اراد به التمليك لان الهبة هي المحتاجة
الى القبض فيدل على ان الاطعام بدون ذكر القبض بعده لا يكون وصية منه وجعلته لك لان
اللام فيه للتمليك وبقوله اعمرتك لان معنى العمرى هو الهبة بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له
فتمليكه صحيح وشرطه باطل ولو قال داري لك عمري سكنى فهي عارية ولو قال هي داري لك عمري تسكنها
فهو هبة والفرق ان السكنى محكم للمنفعة وصالح لان يكون تفسيرا لقوله داري فكانه قال لك سكنى
داري وقوله تسكنها فعل لا يصلح لان يكون تفسيرا ولهذا لا يستقيم ان يقال لك تسكن داري
فبقي الفعل مشورة فلم يتغير به اول كلامه وحملتك على هذه الدابة اذا نوى الهبة قيد الكلام
بالنية لان الحمل يراد به العارية والهبة واذا نوى الهبة تعتبر لان الحمل يحتملها واذا لم ينو
يحمل على ادناهما وهو العارية وكذلك قوله اخدمتك هذه الجارية ومنحتك هذه الارض ولو قال
منحتك هذا الطعام او الدراهم يكون هبة بلا نية لان المنحة اذا اضيف الى ما يمكن الانتفاع
مع قيام عينه كالارض يحمل على العارية لانها الادنى واذا اضيف الى ما لا يمكن الانتفاع به الا
باستهلاكه يحمل على الهبة كذا في المحيط ويجوز هبة المشاع فيما لا يقسم كالحمام والرحى ونحوها
لا تجوز فيما يقسم الا بعد القسمة كسهم في دار كما لم يجز هبة سهم في دار وقال الشافعي يجوز
وهو قول ابن ابي ليلى لان الهبة عقد تمليك والمشاع قابل للملك فيجوز هبته كبيعه ولنا ان
القبض في الهبة منصوص عليه مطلقا فينصرف الى الكامل والقبض في المشاع لا يتصور القبض الكامل
الا بواسطة القسمة الغير الموهوب ففي تجويزه الزام ما لم يلتزم من القسمة بخلاف المشاع
فيما لا يقسم لان القبض الكامل فيه لا يتصور فاكتفي بالقاصر فلا فرق بين ان يهب من شريكه
او من الاجنبي وثمرة الخلاف لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع اليه الدار فباع الموهوب له
نصف الشايع لا يجوز عندنا ويجوز عنده والمراد من الشيوع المفسد هو الشيوع المقارن
للهبة وقت القبض حتى وهب نصف الدار شايعا فلم يسلم ثم وهبت نصفها الاخر وسلم الكل
جاز لانه الشيوع الطاري كما اذا وهب ثم رجع في البعض الشايع بخلاف الرهن فان الشيوع
الطاري مفسد ايضا وفي المحيط رجل اعطى رجلا درهمين فقال احدهما لك لم يجز ان استويا في
الوزن او الجودة لانه وان قال نصفهما لك ان استويا في الوزن والجودة لم يجز لانه مشاع
يحتمل القسمة وان اختلفا في الوزن والجودة جاز لان شيوعه فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم
الموهوب ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم لم يجز وان طحنها وسلمها الى الموهوب له لان الموهوب

معدوما وقت التمليك فلم يكن محلا له بخلاف هبة المشاع حيث لو قسمه وسلمه يجوز لانه موجود ومحل للملك
لكن يمكن تسليمه فان ازال المانع جاز وانما لم يجز بيع الدهن بالدهن فيه اذا كان الحل اكثر ليكون
بعض السمسم بالحل وبعضه بالثجير لكون حدوث الدهن يضاف الى العصر واما قبله ففيه شبهة
بالسمسم والشبهة كالحقيقة في باب الربا والضابط في هذا المقام ان الموهوب اذا اتصل بملك
الواهب اتصال خلقة وامكن فصله لا يجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما اذا وهب
الزرع والتمر بدون الارض والشجر او بالعكس وان اتصل اتصال المجاورة فان كان الموهوب مشغولا
بحق الواهب لم يجز كما اذا وهب السرج على الدابة لما ان استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت
للواهب عليه يد مستعملة فيوجب نقصا في القبض وان لم يكن مشغولا جاز كما اذا وهب دابة
مسرجة دون سرجها لان الدابة تستعمل بدونه ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز وان وهب
ما فيها وسلمها دونها جاز كذا في المحيط واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لان الموهوب له قبضها
جملة ولا شيوع فيه لان قبض الكل قبض نصفها لاشتمالها عليه وهبة الواحد دارا من اثنين
بان يقول وهبت لكما هذه الدار بينهما وتبين فقال لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه
وقالا يجوز لان هذا تمليك واحد منهما فلم يتحقق الشيوع كما لو رهنها عند رجلين وله ان هبة
النصف من كل منهما فينصرف قبض كل منهما الى نصيبه وهو شايع فيكون القبض ناقصا بخلاف الرهن لان
حكمه الحبس الدايم وقد يثبت لكل منهما كاملا ولهذا لو قضى احدهما دينه كان كلها رهنا عند الاخر حتى
يستوفي ولو وهب اثنين من اثنين فغير جايز اتفاقا والصدقة على اثنين جايز اتفاقا كما يجي
واذا فسد نفذت هبة المشاع عنده فان قبضها فهلكت عند الموهوب له كان عليه الضمان بمنزلة
المبيع بالبيع الفاسد فيكون حكم الهبة الفاسدة كلها كذلك بالاتفاق ولو وهب لاحدهما ثلثيها اي
ثلثي داره وللاخر الثلث اجاز محمد رحمه الله وقالا لا يجوز اما ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله فقد مر كل منهما على
اصله السابق من عدم تجويز هبة الواحد من اثنين وتجويزها واما ابو يوسف رحمه الله فلم يجوزه هنا
مع تجويزه هبة الواحد من اثنين في مطلق لان الواهب في هذه المسئلة افرد سهم كل منهما فلم يكن
جعل السهمين هبة دفعة فصار واهبا للمشاع وفي مطلق كان ممكنا لاطلاق الهبة ولجاز
محمد رحمه الله الهبة الاب الى ابنه الصغير بشرط عوض مساو قيمة او اكثر وقالا لا يجوز لانها هبة ابتداء
وهو تبرع فلا يملكها الاب وكان هذه الهبة بيع انتهاء فيملكه الاب لا يجوز هبة غير الاب من الاولياء وكذا هبة الاب
بلا شرط العوض او اقل قيمة لا يجوز اجماعا واذا وهب الى الصغير ابوه شيئا ملكه بالعقد لانه في قبض الاب

فينوب قبض الاب مناب قبض الصغير ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الموهوب فى يد الاب او فى يد مودع
لان يد المودع كيد المالك وان كان فى يد الغاصب او المرتهن او المستاجر لا يجوز فيحتاج الى قبض جديد
لان كلا منهم قابض لنفسه فلا يكون قبضهم كقبض الاب وان وهب من الصغير اجنبى قبضه ابوه لاجل
وان لم يكن فى عياله لان له ولاية التصرف فى مال ابنه وقبض الهبة من التصرف فيه او يقبض الولى لاجل
وهو وصى الاب او الجد الصحيح ووصيه ولا يجوز قبض غيرهم مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى
عيال القابض او لم يكن ولو غاب هؤلاء غيبة منقطعة جاز قبض من يليهم فى الولاية اذا كان
الصغير فى عياله كذا فى التجريد عن اليتيم فلو كان للصغير اب فليس لغيره القبض ويجوز قبض
الزوج لزوجته الصغيرة من الزوج فصار حضرته كغيبته ولا يجوز قبل الزفاف وبعد البلوغ وفى
التجريد قبض الزوج اذا لم يكن الاب حيا كذا فى البزازية ولا كذلك غيره واما الام فليس لها ولاية القبض
مع وجود الاب وان لم يكن له حق انتزاع الصغير منها لان الولاية منسوبة عنها وكذا الاجنبى
قبض الاجنبى مع وجود الاقارب لان للقريب الانتزاع الصغير منه وذكر فى الاصل لو كان يتيما
فى عيال رجل وهو ليس بوصى ولا بينهما قرابة وليس لهذا الصبى احد سواه جاز قبض ما وهبت له استحسانا
ولو اراد اجنبى ان ينزع منه ليس له ذلك كذا فى البزازية واذا وهب بنته نفسها من رجل كان نكاحا
ولو وهب امراته من نفسها كان طلاقا ولو وهب عبده من نفسه كان عتقا ولو قال لاخر هب لى هذا العبد
فقال فقال وهبت لى هذا العبد فقال وهبت تمت الهبة وان لم يقل الاخر قبلت كذا فى خزانة الفتاوى
ولو كانت الصغيرة فى حجر امه او حجر اجنبى جاز قبضهما عنه اى عن اليتيم سواء كان يعقل او لا لان كلا منهما
يدا معتبرة عليه حتى لا يصح انتزاعه من يده فلهما حق التصرف النافع له فيجوز قبضه له ولو قبض الصبى
الذى هو يعقل ما وهب له ولو كان ابوه حيا بنفسه جاز لانه تصرف نافع له فيملكه نظرا له ولو وهب لابنه
وبنته يامره ابو يوسف رحمه الله الاب بالقسمة اى قسمة الموهوب بينهما نصفين وهو مختار لان التفضيل
احدهما فى الهبة مكروه وفى المحيط لو كان التفضيل لزيادة فضل له فى الدين فلا باس لما روى ان ابا بكر
رضى الله عنه فضل عائشة رضى الله عنها على غيرها من الاولاد وفى الهبة حالة الصحة والتفضيل انما يكره
فى الهبة لان التفضيل فى المحبة لا يكره اجماعا الا كالميراث اى لقول محمد رحمه الله فانه قال يقسم اثلاثا
للبنت الثلث وللابن الثلثان اتباعا لقسمة الشرع بعد موته وهو الافضل ولو وهب جميع ما له
من ابنه جاز قضاء وهو اثم نص عليه محمد رحمه الله وان خص بعض اولاده لزيادة رشده لا باس به و
ان كان سواء لا يفعل ولو اراد ان يصرف ماله الى الخير وابنه فاسق فالصرف الى الخير افضل من تركه له

٥١

لانه اعانة الى المعصية وكذا لو كان ابنه فاسقا لا يعطيه اكثر من قوته كذا فى البزازية **فصل**
فى الرجوع عن الهبة ويكره الرجوع فيها لقوله عليه السلام العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه وفعل
الكلب قبيح فلا يحرم بل يكره وتخص بجنسه الرجوع فيما يهبه للاجنبى اذا لم يوجد من موانع الرجوع
بتراضيهما اى الواهب والموهوب له فيكون فسخا وهو لا يحتاج الى القبض فيعود الى ملك الواهب او بحكم
الحاكم حتى لو وهب امة وسلمها ثم رجع واعتقها لم يجز عتقها بلا قضاء لان العقد بعد تمامه لا ينفسخ
الا بفسخ من له ولاية الفسخ وهو القاضى او المتعاقدين فيجوز تصرف الموهوب له بعد الرجوع قبل الحكم
لا تصرف الواهب ولو استرد الواهب بدون رضاه يكون غاصبا والرجوع بلا قضاء او بقضاء فسخ
عند محمد رحمه الله فى رواية الجامع وفى رواية الاصل عقد مبتدا اذا كان بلا قضاء وعلى القول الثانى
هو الفسخ بكل حال وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الرجوع فيما يهبه للاجنبى وهو قول مالك واحمد رحمهما الله
فى رواية يجوز كقولنا للشافعى قوله عليه السلام لا يحل للواهب ان يرجع فى هبته الا الوالد فيما يهبه لولده
ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اى لم يعوض ولان المقصود بالعقد وهو العوض
للعادة لم يحصل فانه كما يقع انعاما يقع طمعا فى المكافاة وهو مندوب باشارة قوله تعالى فحيوا باحسن منها
او ردوها فاذا فات العوض او ما يقوم مقامه ثبت ولاية الفسخ لان العقد يقبله والمراد من الحديث نفى
الاستبداد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم وذلك يسمى رجوعا جمعا بين الحديثين واما رجوع
الوالد فيما يهبه لولده من غير تراض ولا حكم حاكم فمجمع عليه لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فان له
ان ياخذ ويتملك بما يهبه لابنه عند الحاجة كتملكه سائر اموال عنده حتى لو استولد بجارية ابنه يثبت
نسب له منه ويكون الجارية ام ولد له لتملكها قبل الوطى فيكون مديونا لابنه بثمنها وغير الاب من
الاصول كالاب عند الشافعى رحمه الله فى الاصح وعند مالك كالاب الام وعند احمد لا يصح ايضا وعند الثلثة
يصح الرجوع بدون الرضا والقضاء كذا فى العيون فيحمل ما اشار اليه من الخلاف على الرواية فان هلكت
الهبة فى يد الموهوب له بعد الحكم اى حكم القاضى بالرجوع لم يضمن لانها صارت امانة فى يده بعد القضاء فلا
يضمنها الا بالتعدى ويمنع بصيغة المجهول الرجوع بالمحرمية فلا يجوز اذا وهب لذى رحم محرم لقوله عليه السلام
اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود من هذه الهبة صلة الرحم فالرجوع يفضى
الى القطيعة فلا يجوز والمحرمية بلا رحم كالرضاع لا يمنع ولو ادعى الموهوب له هلاكها صدق بلا يمين كذا
فى البزازية ويمنع الزوجية لان الرجوع معها يؤدى الى النفرة الداعية الى الفرقة والمقصود منه حصول
الالفة والمحبة فيفوت المقصود به بالرجوع والمعتبر فيها حالة الهبة حتى لو وهبت زوجته لا يرجع

اذا كانت مبانة ولو وهبت لهم تزوجها ترجع سواء كان احد الزوجين مسلما او كافرا اشمولي الجنى ولو وهب جارية في الدار لا بحضرتها فقالت قبلت لم يجز حتى يكون بحضرتها كذا في البزازية والمعاوضة لان الواهب لما اخذ العوض ظهر ان مراده من هبته ذلك فلزمه كون شرط فيه لكن بقول دافع العوض خذ هذا عوضا من هبتك كما سيجي وشرط ايضا ان لا يكون العوض بعض الموهوب حتى لو عوضه بعضه لا يسقط به الرجوع عن الباقي خلافا لزفر رحمه الله كانه ملكه بالقبض فصار كسائر املاكه ولنا ان حق الرجوع كان ثابتا في الكل فبوصول بعضه اليه انفسخ الهبة في قدره فلا يسقط حقه في الباقي ويمنع خروجها اى الهبة عن ملك الموهوب له ببيع او هبة او غيرهما لان التصرف كان بتسليط من الواهب فلا يملك ابطاله وكذا يمنع تدبيره وعتقه كاستيلاده وكتابته عن الرجوع لان شيئا منها لا يقبل الانتقاض من ملك الى ملك فلو باع الموهوب له الموهوب من آخر فرد المشترى بعيب ليس للواهب ان يرجع ولو وهبه من آخر ثم رجع فللاول الرجوع و الفرق ان الفسخ في شراء لم يكن حق المشترى باعتبار مقتضى العقد وانما ثبت لفوات سلامة المبيع ولم يظهر في حق الثالث وهو الواهب وفي الهبة كان حقا للموهوب له الاول بمقتضى عقد فظهر الفسخ في حق الكل كذا في المحيط ويمنع موت احد العاقدين اما موت الموهوب له فلانه خرج عن ملكه منتقلا الى ورثته واما موت الواهب فلامتناع الرجوع منه ومن وارثه لانه ليس بواهب ويمنع الرجوع حدوث زيادة متصلة في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة القيمة كالسمن والجمال سواء كان بفعل الواهب او لا بفعل الواهب وقال ابن ابي ليلى لا يمنع لان الزيادة تبع وحق الرجوع كان ثابتا في الاصل فلا يبطل بالتبع كذا في جامع الصغير لقاضي خان ولو زاد من حيث السعر فقط فلا رجوع ولو انتقص من غير زيادة في القيمة كما اذا وهب امة فنبتت وكبرت فلا رجوع لانه زاد من وجه وانتقص من وجه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك كذا في الكفاية وانما لم يمنع اما مع الزيادة لانها ليست بموهوبة حتى يسترد ولا بدونها لتعذر انفصالها ولو منع القاضي الرجوع لثبوت الزيادة ثم زالت عاد للواهب حق الرجوع كذا في المحيط ولو نقل الموهوب له من مكان الى مكان بالكراء حتى ازدادت قيمته رجع عند ابي يوسف رحمه الله لان الزيادة لا تحصل في العين ولا يرجع عندهما لان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء كذا في المنتقى قيل هذا اذا كان العقد في مكان القول الحمل اكثر وان لم يكن قيمة له الرجوع كذا في البزازية وفي التقاريع لو انفق في حملها الرجوع في الحوائج كما قال السغدى اذا كان الموهوب شيئا لا احمل ولا مؤنة لحملها الى البلد لا يعرف سعره وان لم يتولد

لم يجز وان غلا فله ان يرجع ولو كانت الزيادة منفصلة كالولد نكاحا او سفاحا والارش والعقر لا يمنع فيرجع في الاصل دون الزيادة لان الرجوع في الاصل لا يبطل ملك الموهوب له في الزيادة فان كان الهبة دارا فهدمت كان للواهب ان يرجع في الساحة لان الهدم نقصان بخلاف ما اذا البيع حيث يمنع الرد بالعيب لان البيع معاوضة فلو رد الاصل بدون الزيادة يؤدى الى الربا ولا يمنع حدوث نقصان في الموهوب سواء كان في ذاته او في قيمته الا ان الجارية الموهوبة اذا ولدت و انتقصت بالولادة لم يرجع فيها حتى يستغنى ولدها فلو وهب حلقة فركب فيها فصا ان امكن نزعه بلا ضرر يرجع والا فلا كذا في المنتقى ولو وهب لعبد اخيه او لعبد غيره ممن كل ذى رحم محرم منه او لعبد زوجته فلا الرجوع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا رجوع له لان حكم الهبة الملك فثبت لاخيه وله ان الهبة واقعة للعبد ولهذا اعتبر قبضه والملك ثابت له ثم ينتقل الى مولاه ثانيا حتى لو كان العبد مديونا لا ينتقل ولا محرمية بين الواهب والعبد كما يرجع لو وهبه لاخيه وهو عبد لاجنبي وهذه المسئلة وفاقية لان عقد الهبة وان وقع بالاتصال للاخ لكن حكمه يرتب لغيره والمنع عن الرجوع كان لصلة الرحم وهي لم يحصل هنا لعدم الانتفاع المحرم به فثبت الرجوع ولو كان العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع اتفاقا ولو وهب المكاتب لاجنبي فعجز ورد الى الرق يجيزه ابو يوسف رحمه الله الرجوع كما يصح الرجوع اتفاقا لو وهب المكاتب ثم اعتق لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه فلو اعتق المكاتب صار ملكا له من وجه فجاز الرجوع فكذا لو عجز وصار ملكا للمولى من كل وجه وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال لا يرجع لان الهبة وقعت للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبض له فيثبت الملك له ابتداء وبالعجز انتقل الى المولى فصار كانتقاله الى اجنبي وما دام مكاتبا له الرجوع اتفاقا ولو كان المكاتب لذى رحم محرم لم يرجع اتفاقا وان عجز كذا في المحيط وان ادعيا وان فيه اى ابطلوه اى الرجوع في القيمة للزيادة المتصلة في الموهوب وعند وجود مانع اخر منه وقال مالك رحمه الله في رواية يرجع لان حق الرجوع كان ثابتا له صورة ومالية فاذا امتنع استرداده صورة لا يمنع ماليته فيرجع بقيمته كما في الغصب ولنا ان حق الرجوع يتعلق بعين الموهوب لا بقيمته بخلاف الغصب لان وجوب رد المغصوب كان ثابتا في صورته وماليته لكونه اخذه بغير حق فاذا عجز عن رد صورته وماليته لكونه اخذه بغير حق فاذا عجز عن رد صورته رد قيمته ونحن جعلنا القول للواهب المنكر زيادة الموهوب في يد الموهوب له يدعى بطلان حق الرجوع و الواهب ينكره فيكون القول له ولو قال خذه عنا بدلا من هبتك او في مقابلتها او عوضها او نحو ذلك

ما يفيد معناه او عوضه اجنبي متبرعا بان قال خذ هذا بدلا عن هبتك فقبض العوض في الصور
المذكورة فلا رجوع للواهب في هبته لان عوضه وهو المكافاة قد حصل له ولا رجوع للموهوب له ايضا في عوضه
ولو كان كثيرا منه او من خلاف جنسه لان مقصوده وهو تاكد ملكه في الهبة حصل له اما لو وهب من الواهب
شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته فيكون هبة مبتداة ولهذا
لا يثبت فيه الشفعة وجاز التعويض باقل من الموهوب من جنسه في الربويات ولو كانت معاوضة لما جاز
ذلك فلا بد من بيان الموهوب له ان ما اعطاه عوض الهبة ولو عوض نصف الهبة يرجع فيما لم يعوض
ولا يجب عوض الهبة الا عندنا وان قال الشافعي رح في قول لو علم عرفا انه قصد بها العوض كهبة فقير
لغني او لسلطان يجب مثله او قيمته كذا في العيون ولو قال وهبتك بكذا فهو بيع اتفاقا كذا في الخانية
وشرط القبض في العوض ايضا لانه تمليك ابتداء فشرط فيه ما شرط في الهبة من القبض و
الافراز ولا يرجع المعوض الاجنبي على الموهوب له ولو كان تعويضه بامره لان الاجنبي متبرع
في نفسه لا يوجب الضمان الا اذا قال عوض عني على اني ضامن كذا في المحيط ولو استحق نصف الهبة اي
الموهوب رجع الموهوب له بنصف العوض ولو استحق كل العوض يرجع في الهبة ان كان قائما لان المانع
عن الرجوع قد زال ولم يرجع بقيمته لو كان هالكا لان مقصوده من الهبة المتورد وقد حصل
او استحق نصفه اي نصف العوض فلا مانعا من الرجوع الا ان يرد الباقي اي باقي العوض فيرجع
في الموهوب بقدر المستحق قياسا على رجوعه في العوض اذا استحق نصف الموهوب وعندنا ان بعض
العوض يكون عوضا بباقيه اي بما بقي بعد ما استحق بعضه لان اصل الملك للموهوب له مستغن عن العوض فيصلح جزء
من العوض مقابلا بجميع الهبة فلا يرجع ولكن يثبت للواهب الخيار لان ما رضي بسقوط حقه في الرجوع الا
بسلامة كل العوض له هذا اذا لم يكن العوض مشروطا وقد استحق بعض العوض فانه يرجع بمقدار
ما استحق كذا في الاسرار وانما وضع في استحقاق النصف لانه لو استحق كل العوض يرجع بكل الهبة اتفاقا
واذا تلف الموهوب في يد الموهوب له فاستحق وضمن الموهوب له قيمته للمستحق لهلاكه عنده لم يرجع
على الواهب بما ضمنه لان الهبة عقد تبرع فلا يشترط فيه السلامة وعند الشافعي رح انه يرجع كذا في العيون
واذا شرط العوض فيها بان قال وهبتك على ان تعوضني كذا اعتبرنا حكم الهبة قبل القبض فيشترط
التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع واعتبرنا البيع بعده اي اعتبرنا حكم البيع بعد القبض فيرد
بعيب وخيار رؤية وتجب الشفعة لا انا بيع مطلقا خلافا لقول زفر رح فانه قال له حكم البيع قبل القبض
وبعده وهو قول الثلثة لان التمليك بعوض في معنى البيع فالمعتبر في العقود هو المعنى ولنا

انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهتين فيكون ابتداء معتبرا بلفظ الهبة
وانتهاء معتبرا بمعنى البيع ولو ضحى الموهوب له بالموهوب ان شاة او نذر التصدق به بان قال
لله علي ان اتصدق بهذه الشاة الموهوبة فاراد الواهب الرجوع يسقط ابو يوسف رح الرجوع
لانها خرجت من ملكه الى الله تعالى بتعيينها لله تعالى للقربة فصار كما لو تصدق به وقلنا وقال لا يسقط
الرجوع لانها لم يخرج عن ملكه بالتعيين فيصح رجوعه كما في النصاب الموهوب اذا وجبت فيه الزكوة
بخلاف ما لو سلمها للخروج اي عن ملكه فاذا رجع الواهب لا ضمان على الموهوب له لان الاستحقاق بمنزلة
الهلاك كما في نصاب الزكوة بخلاف ما لو نذر بتصدق بدنة فنحر بدنة موهوبة له فاذا رجع الواهب فعلى
الموهوب له قيمتها متصدقة لان بالنذر لزم عليه تصدق لحم فارغ وهذا المحل مشغول بحق الواهب
فلم يوجد الوفاء بالمنذور كذا في المحيط ولو ذبح من غير تضحية يبقى حق الرجوع اتفاقا وانما
صح الرجوع في التضحية عن الموهوب له جازت الاضحية لان رجوع الواهب فيها بمنزلة هبة
الموهوب له الشاة المذبوحة من الواهب كذا في الحقايق ولو وهب المولى عبده المديون من رب
الدين فقبض رب الدين العبد المديون فيكون العبد ملكا له فسقط الدين عن العبد لامتناع
ان يثبت للمولى على عبده دينا ثم رجع فيه الواهب في العبد يعيده ابو يوسف رح الدين على العبد
لان بطلان الدين كان لعلة الملك فاذا بطل الملك بالرجوع بطل معلوله وابطله محمد رح وقال لا
يعيد الدين لان الساقط لا يعود كما قيل الجنس لما دخل عليه الماء ضحك كثيرا وسال ثم عاد الى القلم
لا يعود نجسا ومنع محمد رح الدين الرجوع اي رجوع الواهب في العبد في رواية اي في رواية منه لانه لما سقط
الدين عن العبد صار كزيادة متصلة به فيمنع الرجوع فيه او وهب جارية الا حملها صح الهبة لا يصح الاستثناء
فيدخل الحمل في هبتها لانه يتبع لها لتنزله منزلة الوصف فيكون استثناؤه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل
بالشرط الفاسد لانه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وفي رواية عن محمد رح انها لا تفسد الهبة
بالشرط ولو اعتق الحمل ثم وهب الام جاز ولو دبره ثم وهبها لم يجز والفرق ان الحمل بالاعتاق خرج عن ملك
الواهب فلم يتصل الموهوب بملكه والمدبر مملوك للواهب واتصاله بالموهوبة يمنع صحة الهبة

فصل

في العمرى والصدقة بان يقول داري لك عمري ومعناه هبتها مدة عمر الموهوب له او الواهب بشرط ان يعود اليه
او الى ورثته لو مات الموهوب له وتجوز العمرى وهي من العمر بفتح الميم وهو من وهب منه الدار والواهب بعمره
بكل اليم في مدة حيوته ولورثته بعد موته ويبطل الشرط اي شرط العود الى الواهب لانه عليه السلام اجاز العمرى
وابطل شرط العمرى وعند الشافعي رح في القديم ومالك رح تملك منفعة له لا لورثته كذا في العيون

وهي ان يقول داري لك رقبى معناه ان مت قبلي فهي لي وان مت قبلك فهي لك كان كل واحد
منهما يراقب موت الاخر وينتظره ولان قوله داري لك هبة وتمليك في الحال كالعمرى فيبطل
شرط استرداده وابطلاهما اي الرقبى وقالا لا يجوز لما روى شريح رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اجاز العمرى ورد الرقبى وهذا ماخوذ من الترقب ولانه تعليق بالخطر فلا يصح وما روي جابر رضي الله عنه
انه اجاز الرقبى فماخوذ من الارقاب معناه رقبة داري لك وذكر جايز لكنه لما احتمل الامرين
لم يثبت الهبة بالشك فيكون عارية عندهما فيكون الموهوب له ماذونا في الانتفاع بخلاف العمرى فانها
تمليك في الحال والتعليق بعده لا يفسد وعلى هذا الخلاف لو قال داري لك حبس فانه اراد وقفا لهما
لان الجواب يحتمل ان يتعلق بالشرط او بالمشروط اذ لا قرينة لاحدهما فاذا اراد علم انه متعلق
بالمشروط ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان كان هبة لان ما هو ملكه حقيقة يستحيل ان يكون
ملكا لغيره الا بواسطة تمليكه فيكون هبة فيعتبر شرايطها فلا يملكه بلا تسليم وقبول وقبض
ويبطل بالشيوع فيما يقسم او قال ما ينسب الي او يعرف لي لفلان كان اقرارا لانه لا يفهم منه
التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب اليه بجهة كونه في يده فيكون اقرارا فيعتبر
شرايط الاقرار فالغرض الاصلي من هذا بيان المحمل في هذين المسئلتين فان كان الاقرار سبب
للملك تبين والا فلا بد من بيان سبب الملك وفي الجامع الفصولين ادعى انه لما اقر به ذو اليد
او ادعى عليه دراهم وقال لما اقر انها لي او قال ابتداء انه اقر ان هذا العين لي او اقر ان لي عليه
كذا قيل يصح هذه الدعوى وقيل لا وعليه عامة المشايخ وفي البزازية عليه الفتوى لان نفس الاقرار
لا يصلح سببا للاستحقاق فقد اضاف الاستحقاق الى ما لا يصلح سببا واجمعوا على انه لو قال هذا الملكي
وهكذا اقر به ذو اليد وقال لي عليه كذا وهكذا اقر به المدعى عليه فانه يصح وسمع البينة على اقراره
اذا لم يجعل سببا للوجوب وذكر في البزازية قال في صحته جميع مالي او ما املكه لفلان فهبة لا يملك
بلا تسليم وقبول او جميع ما عرف لي او نسب لي اقرار لكن العرف في بلادنا على خلافه فيحمل على البر والكرامة وهو
ما اختاره مشايخ خوارزم وعليه الفتوى ولو اقر لابنه في صحته جميع ما يقع عليه اسم المال من صنوف
الاموال في منزله وله في الرستاق غلمان ودواب ساكن يدخل في الاقرار ولو كان بقرة يأوي
الى منزله ويرعى في النهار في الباقورة او عبيد يترددون في الحوائج ويأوون ليلا الى ذلك المنزل
دخلوا في الاقرار ولو اقر في صحته ان جميع ما هو داخل في منزله سوى الثياب التي عليه ملك زوجته
ومات عن ابن فادعى الابن ان الكل تركته فهنا حكمان الديانة انها تملك الكل ان علمت ان الزوج وهبها لها

او باعها او اعطاها بحساب المهر تملكها وما لم تكن لا تصير بهذا الاقرار ملكا لها بينه وبين الله تعالى عرف
ان الاقرار كاذبا ليس من اسباب الملك واما في الحكم لو برهنت على اقراره عند الحاكم يقضى الحكم به
لها بما في ذلك المنزل يوم الاقرار على غير الرواية التي تحمل قوله جميع ما يملكه على الكرامة كذا في البزازية
وشرط القبض في الصدقة لانها تبرع فلا يصح الا بالقبض ولا يصح في مشاع يحتمل القسمة كالهبة
ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود منها هو الثواب وقد حصل بعد القبض ولا رجوع ايضا
في الهبة للفقير لانه في المعنى صدقة فالمقصود منها الثواب ولا رجوع في الصدقة على الغني ايضا
لانه يريد بها الثواب ايضا لانه قد يكون للغني نصاب عيال كثير فيقصد الاعانة بها ولهذا عبر عن ذلك بالصدقة
ثم المعتبر هنا جهة المعنى دون اللفظ فالهبة لو صادفت الفقير كانت صدقة والصدقة اذا صادفت الغني
كانت هبة وان سقطت الرجوع فيها المعنى لاحق بها وتجوز الصدقة على فقيرين اتفاقا لانه تقع لله تعالى
قال عليه السلام يقع في كف الرحمن قبل ان يقع في كف الفقير لا شيوع في حق الله تعالى هذا على رواية الجامع
الصغير وفي رواية الاصل فغير جايز لان الصدقة يكون لله تعالى في ضمن ملك الفقراء لا ابتداء و
الملك لا يثبت لله تعالى فلم يقع لله تعالى في ضمنه ولانه معرفة الاخذ واحد وهو الله تعالى عندهما فلا الهبة
من اثنين جايزة عندهما فكذا الصدقة واما عنده فلان الصدقة المصادفة لاخراج المال الى
الله تعالى لقوله تعالى وياخذ الصدقات والفقير معرف في الله تعالى واحد ولم يجوز الرجوع لكونه مكروها
وهي اي الصدقة فيما يقسم على غنيين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز كما على فقيرين
لان الصدقة على الغني هبة معنى والهبة من اثنين لا يجوز فاعتبر في الصدقة جهتين جهة اللفظ
وجهة المعنى فاعتبر ابو حنيفة رحمه الله جانب اللفظ ولم يجوز الرجوع لكونه مكروها واعتبر جانب المعنى لانه
هو المعتبر في العقود فلم يجوز الصدقة على الغنيين ووجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين الهبة والصدقة
ان الصدقة تمليك من الله تعالى والله تعالى واحد لا شريك له الا ان الفقير نايب عنه في القبض وتعدد
الوكيل في القبض لا يمنع جواز القبض لو كانت الهبة من واحد قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
ورواية الاصل محمولة على ما اذا تصدق على الغنيين وحاصله ان هبة المشاع فاسدة في قول ابي حنيفة رحمه الله
وصدقة المشاع جايزة عنده كما عندنا وان فرع عليهم لم يعينوا الثلث على من نذر التصدق بماله اي
بجميع ماله او جميع ملكه ولا نية له وقال مالك رحمه الله يجب عليه اخراج ثلث ماله لان في اخراج الكل اضرارا به
والثلث هو المعتبر في الوصايا ولا عمما اي اوجبنا اعطاء الجميع وقال زفر رحمه الله يجب اعتبارا للعموم
وهو القياس كما في الوصية بل نحن نخرج في المال في نذره بالجنس ما يزكى اي جنس يجب فيه الزكوة استحسانا كالنقدين

كالنقدين وعروض التجارة والسوايم فيتصدق بها دون غيرها لان الله تعالى اوجب الصدقة فيها فاعتبر
ايجاب العبد بايجاب الله تعالى وايجابه تعالى في اموال الزكوة لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تزكي فكذا ايجاب
العموم بخلاف الوصية لان الشرع لم يوجبها في المال وذكر في الاجناس قال محمد يدخل ولو كان له ديون
على الناس لا يدخل في الصدقة لانه ليس بمال مطلق واما في الاراضي العشرية والغلة العشرية والثمرة العشرية
فداخلة عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله لان الغالب في العشر معنى العبادة حتى لا يجب على الكافر والاراضي
الخراجية غير داخلة بالاجماع كذا في المحيط وفي الملك الكل اي لو نذر ان يتصدق بجميع ملكه فيتصدق
الكل بملكه ما يزكي وغيره لان الشرع لم يوجب الصدقة في الملك حتى يعتبر ايجاب العبد به فاعتبر عموم
اللفظ وذكر الحاكم الشهيد انه والاول في الاستحسان لان ذكر المال والملك سواء وكذلك ذكر النسفي في
الصدقة بشرط العوض عنهما كالهبة بشرطه والاول اصح لان لفظ الملك اعم عرفا لان الشرع انما اضاف
الصدقة الى المال لا الى الملك وذلك يوجب تخصيص المال فبقي الملك على عمومه وان لم يكن سوى مال الزكوة
لزمه التصدق بالكل اجماعا كذا في الاختيار ويحبس الناذر قدر النفقة لنفسه وعياله الى ان يكتسب مالا
لانه لو تصدق الكل من اول الامر احتاج الى السوال او مات جوعا وهو ضرر فاحش فيخرج مثله
اي مثل ما اخذ من النفقة لانه استهلكه مالا لزمه التصدق فصار دينا في ذمته كما لو استهلك مال الزكوة
يبقى الزكوة دينا عليه قالوا وان كان الناذر دهقانا يمسك قوت نفسه سنة لان القوت لا يتجدد
في كل سنة وان كان تاجرا يمسك قوت شهر لان التجارة تتفق في بعض الاحيان فقدر بشهر او ان محترفا يمسك
قوت يومه

كتاب الوقف

وهو في اللغة الحبس وفي الشرع على قول ابي حنيفة رحمه الله حبس العين
على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء على وجه من وجوه الخيرات وعلى قولهما وهو قول الائمة الثلاثة
في رواية حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل ثوابها الى الواقف على الدوام في الايام وفي الهداية
ويزول عن ملك الواقف على معنى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يلزم ان ينقطع تعلق الواقف
بالكلية فيجوز تصرفه كصرف الغلة الى المصارف ونصب القيم لها اجماعا ونظيره ام الولد والمدبر
فانهما لا يباع ولا يوهب ويجوز التصرف فيهما والشافعي في قول ومالك واحمد ينتقل الملك الى الموقوف
عليه الوقف جائز اي غير لازم عند ابي حنيفة رحمه الله وعنه انه غير جائز اصلا وهو المذكور في الاصل
لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح قال جاء محمد ببيع الحبس فهذا بيان لزوم الوقف كان في شريعة
من قبلنا ولكن شريعتنا ناسخة لذلك ولان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يجوز وجه
الجواز وهو الاصح كذا في النوازل يكون بمنزلة العارية فلا يزول عن ملكه لان خروج الملك لا الى مالك

غير مشروع الا ترى انه عم انها تعرف السائبة وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكها بزعمهم ولقوله عليه السلام
لعمر رضي الله عنه فيما رواه النسائي وابن ماجه رضي الله عنهما احبس اصلها وسبل ثمرتها اي احبسها على ملكك وتصدق
ثمرتها ولان غرضه التصدق بمنفعة ماله وذا يقتضي بقاء ملكه كذا ذكره الزيلعي ولزومه اي لزوم الوقف
بان لا يصح رجوع الواقف ولا القاضي اخر ابطاله بالقضاء اي بحكم الحاكم المولى واما المحكم وهو الذي فوض
اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين فالصحيح ان حكم المحكم لا يرفع الخلاف وللقاضي ابطاله كذا
في شرح الهداية وطريقه ان يريد الواقف الرجوع بعد ما سلم الى المتولي محتجا بعدم اللزوم عند ابي حنيفة رحمه الله
فيختصمان الى القاضي فيقضي باللزوم وانقطع حق الواقف عنه على قولهما في محل مجتهد فيه فيكون لازما
عنده ايضا او يكون ان يوصه بعد الموت لفا علقه به بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا
او قال ارضي هذه صدقة مؤبدة حال حيوتي وبعد مماتي او قال حبست مؤبدا حال حيوتي وبعد مماتي
ويكون بهذه الالفاظ يخرج مخرج الوصية فيكون هذا الوقف لازما بعد الموت اتفاقا لا قبله لانه بمنزلة
الوصية بالغلة ولزومها انما يكون بعد الموت لو اخرج من الثلث والوصية بالمعدوم جائزة
كالوصية بالمنافع ويكون مال الميت باقيا حكما ولو لم يخرج من الثلث يجوز بقدره ويبقى الباقي
الى ان يظهر له مال فان لم يظهر له مال ولم يجز الورثة يقسم الغلة بينهما اثلاثا ثلثه للوقف وثلثاه
للورثة فعلى هذا يكون طريق اللزوم عنده اثنان لا ثلثة احدهما ان يكون لازما بالفعل وثانيهما ان
يخرج مخرج الوصية ويكون لزومه بعد الموت ولا يخرج العين من ان يكون منتفعا للواقف فلا يمنع
الارث الا باعتبار حق ابنته لنفسه بعد وفاته لحاجته ويبقى العين على حكم ملكه في الصحيح لاجل تعلقه
اياه الحاجة كما في الوصية بالمنافع مؤبدا قال الطحاوي الوقف في مرض الموت كالمعلق بالموت
لانه وصية وهي لا يختلف بين ان يكون في الصحة وبين ان يكون في الموت والصحيح انه بمنزلة الوقف
المنجز في الصحة فلا يلزم عنده ويلزم عندهما من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله بخلاف وقف
الصحة فانه من جميع المال لو قال ان مت من مرضي هذا فقد وقفت داري على كذا لا يلحق ان تعليق
الوقف بالشرط غير جائز لما فيه معنى تمليك الغلة من الفقراء ولو قال ان مت فاجعلوا هذه الدار
وقفا يصح لانه تعليق الوكيل بالشرط وهو جائز وقالا هو لازم مطلقا سواء وجد التقديرين
المذكورين اولا لانه لما قصد استدامة الخير فوجب ان يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى كما لو جعل داره
مسجدا يكون خالصا لله تعالى لها قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض ودعى ثمغ بخيبر
حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين الصحابة رضي الله عنهم وتسمى هذه الارض ثمغ بفتح الثاء

وسكون الميم وبالغين المعجمة وثمغ لقب لها وقد كانت لا ملكهم الغاب وكانت فيها نخل نفيسا فقال عمر رضي الله عنه
يا رسول الله اني استفدت مالا نفيسا فاتصدق به فقال عليه السلام تصدق اصلها لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ولكن تنفق ثمرته على المساكين فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب و
المساكين وابن السبيل وذوي القربى ولا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف وكان ابو يوسف رحمه الله
يقول اولا بقول ابي حنيفة رحمه الله حتى دخل بغداد فروي حديث عمر رضي الله عنه فرجع عنه وقال لو بلغ هذا ابا
حنيفة لرجع اليه ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته
باسقاط الملك وجعله لله تعالى وله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك والفتوى على قولهما ويمنع عن التصرف
والرجوع عنه كذا في النوازل ولابي حنيفة رحمه الله ما رواه وما ذكراه ولا ما رواه لا يدل على اللزوم ولهذا
اراد عمر رضي الله عنه ان يبيع ذلك بعد موت النبي عليه السلام ثم كره ان ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم
فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما اراد نقضه وما روي عن عبد الله بن زيد انه تصدق بضيعة
دفعها ابواه الى النبي عليه السلام فقال له ارجع في صدقتك فلهذا يجوز تصرفه فيه بصرف الغلة ونصب
القيم بخلاف المسجد فانه خالص لله تعالى ولهذا لا ينتفع به بشيء من منافعه فيخرج ابو يوسف رحمه الله
الوقف عن ملكه بالقول اي بمجرد قوله وقفت وهو قول الثلثة وبه يفتي مشايخ عراق من غير تسليم
الى ولي اي متولي لان الوقف ازالة الملك للتقرب الى الله تعالى لا للتمليك من الله تعالى حقيقة لانه غير
متصور فيصح بدون التسليم كالاعتاق وشرط محمد رحمه الله التسليم الى المتولي و قبضه لان تمليكه
من الله قصدا غير متحقق وانما يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكوة ومشايخ بخارا اخذوا
بقوله والتسليم الى الموقوف عليه كالتسليم الى المتولي كذا في الخانية ويجيزه ابو يوسف رحمه الله وقف
المشاع لان الوقف عنده اسقاط الملك كما مر والشيوع لا يمنعه ومنعه محمد رحمه الله وقف المشاع فيما يحتمل
القسمة وهو قول ابن ابي ليلى وهلال الرازي رحمهما الله لان القبض عنده شرط وهو لا يتم مع الشيوع كالصدقة
والهبة ويفتي مشايخ بخارى على قوله ولو حكم بجوازه يجوز عند الكل كذا في الفتاوى وفي صدر الشريعة
يفتي بقول ابي يوسف مشايخ العراق ولا يجوز وقف المشاع اتفاقا في المسجد والمقبرة لانه لو جاز
لاحتاج الى المهاياة بان يكون مسجدا يوما وان يكون اصطبلا يوما ويدفن في مقبرة سنة
وينبش ويزرع اخرى وهذا قبيح بخلاف ساير الاوقاف لان المهاياة في استغلاله غير قبيح و
يجيز ابو يوسف رحمه الله شرط المنفعة بغلة الوقف كلا او بعضا وبعد موته يكون للفقراء او الولاية
لنفسه وبه يفتي كذا في العيون لما روي انه عليه السلام كان ياكل من صدقته والمراد منه غلة وقفه ولا يحل له

ذلك الا بالشرط فعلم منه انه شرع واما شرط التولية لنفسه وهو قول هلال الرازي وهو ظاهر المذهب
لان المتولي للوقف انما يستفيد الولاية عليه من جهة الواقف بشرطه ومن لا ولاية له في نفسه يستحيل
ان يفيده غيره ولانه اقرب الناس اليه فيكون اولى به كالمعتق اولى بالولاء الا انه لو لم يكن امينا فللقاضي
عزله ونزعه من الوقف وولي غيره ولو كان شرط الواقف ان لا يعزله السلطان والقاضي فالشرط باطل
فلا يلتفت اليه لانه مخالف للشرع دفعا للضرر عن الفقراء كاخراج الوصي نظرا للصغير ولو صار عدلا
بعده لا ينتقل الولاية اليه كذا في المحيط وخالفهما ابا يوسف رحمه الله فيهما اي في الشرطين المذكورين
ولم يجوزهما اما في شرط المنفعة فلان في الوقف معنى التمليك عنه وهو من نفسه غير متحقق فلا يجوز
فيكون كالصدقة المنفذة التي يسلم للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضها له وبعضها للفقير
واما شرط الولاية فلان التسليم الى المتولي شرط عنده واشتراط الولاية لنفسه ينافيه وذكر محمد رحمه الله
في السير الكبير ان الولاية للواقف وهي للقيم ويفهم من كلام المص في شرحه ان الخلاف في اشتراط التولية
لنفسه ومن كلام الهداية ومن شرحها ان الخلاف فيما اذا لم يشترط التولية لنفسه اما اذا اشترط يكون متوليا
اجماعا هذا اذا عطف قوله والولاية على المضاف اليه اما اذا عطف على المضاف المناسب لدليلهما ويجيز
التولية لنفسه وان لم يشترط التولية لنفسه فيكون موافقا لما ذكر في القنية او يجب ان يحمل على الروايتين
قيل تاويل ما ذكر محمد رحمه الله في السير انه لما وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية
لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى المتولي فكان تاويله
فيما اذا سلم الى المتولي ويحتمل انه لما شرط الولاية لنفسه يسقط اشتراط التسليم الى المتولي عنده
ايضا لان شرايط الوقف تراعى لما شرطها فمن ضرورة رعاية شرطه كان سقوط اشتراط
التسليم الى المتولي كذا في شرح الهداية ويجيز ابو يوسف الوقف من غير ذكر التابيد ويكون
للفقراء وان لم يسمهم وقالا لا يجب ذكر التابيد والخلاف في ذكر التابيد لان نقل التابيد شرط
ولازم بالاجماع وهو الصحيح وقيد بالفقراء لان الغني لا يتعرف للوقف حتى لو صرح الوقف
على الاغنياء خاصة لا يجوز ولو وقف طايفة من الاغنياء ثم بعدهم على الفقراء يجوز فيعتبر
شرطه فيكون صلة للاغنياء كذا في المحيط له ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى وذا يقتضي
التابيد فلا حاجة الى ذكره كالاعتاق ولهما ان الوقف تصدق المنفعة وذا يحتمل ان يكون
موقتا او مؤبدا فلا بد من التنصيص هذا اذا وقف مطلقا او على شخص ولم يذكر معه اسم الله تعالى
او لفظ الصدقة حتى لو قال هذه موقوفة لله تعالى او قال هذه صدقة موقوفة على فلان جاز الوقف اجماعا

لان المراد من ذكر اسم الله تعالى ان يكون للفقراء عادة وبدلالة لان الصدقة انما يكون للفقراء وذكر الولاء
يدل على ان يختص بالغلة ما دام حيا فحينئذ يصرف الى الفقراء وحتى لا تدخل في ملك الموقوف عليه
وقال الثاني في رواية احد قوليه وهو قول مالك والشافعي رحمهم الله يدخل في ملك الموقوف عليه لكن لا يملك معينا
ليس له ان يبيع اذ لو لم يكن كذلك لكان سيبا لان ملك الواقف قد زال عنه وذا لا يجوز لنهيه عليه السلام
عن السائبة ولنا ان الوقف ليس بتمليك ولهذا لم يجز له ان يبيعه كساير املاكه فلا يدخل في ملكه
على ان ما ذكره منقوض بالعبد المشترى لخدمة الكعبة وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا كان الموقوف
عبدا او بعطل عن الكسب فنفقته على الموقوف عليه عنده لانه في ملكه وعلى بيت المال عندنا
ويزيل ابو يوسف ملكه عن المسجد او بناه على نية المسجد بقوله جعلته مسجدا لان الوقف عنده
اسقاط الملك كما مر وشرطا في زوال الملك عنه افرازه اي تميزه عن ملكه لان المسجد يجعل لله
لان للعبد يدا في بنيه ولا كذلك المسجد لانه يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله فاضاف
الى ذاته لان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ولا يكون خالصا لله تعالى الا بافرازه
وصلوة واحد او جماعة واحدا انا في رواية لان المسجد موضع السجود وقد جعل ذلك بصلوة
الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم ولهذا جعل اذان الواحد كاذان الكل لان
صلوة الكل متعذر فيشترط ادناه او جماعة في رواية الحسن وقول محمد رحمه الله بانه اي باذن المالك
لان جميع الارض موضع الصلوة وانما بني المسجد للجماعة فعلى هذه الرواية عنهما الشرط هو صلوة جماعة
باذان واقامة جهرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عندهما وان جعل
للمسجد مؤذنا واماما وصلى واحد باذان واقامة جهرا وحده بعد اذنه بصلوة جماعة صار مسجدا
بالاتفاق ولا يشترط تسليمه الى المتولي بل الصلوة على الصفة المذكورة بمنزلة التسليم لان الشرط التسليم
تسليم كل شيء على ما يليق به المسجد الصلوة والتسليم الحكم به للحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله وهذه الرواية هي
الاصح لان المسجد بني لاقامة الصلوة بالجماعة في الغالب الا يرى ان اصحابنا قالوا لو مؤذن مسجد
لو اذن واقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وبقبض المتولي
هل يصير مسجدا اختلف المشايخ رحمهم الله كذا في الذخيرة فالاصح ان قبض القيم ينوب عن قبض
المالك ويصير به مسجدا بلا ان تصلى كذا في المحيط وافراز الطريق بعد الاذن للناس لان يصلوا
في المسجد لان يصير مسجدا شرط عند ابي حنيفة رحمه الله فلو جعل مسجدا في وسط داره بغير افراز الطريق
لا يصير مسجدا لان ملكه محيط بجوانبه فاذا لم يفرز عن حق العبد لا يكون خالصا لله تعالى ولهذا

وما يليق به

لو جعل ارضه مسجدا ثم استحق منها جزء شايعا يعود الباقي الى ملكه وقال لا يصير مسجدا بدون
الافراز لان الانتفاع انما يكون بالطريق فلما رضي بكونه مسجدا دخل فيه طريقه بالضرورة كما يدخل
في الاجارة ولو خرب ما حوله اي ما حول المسجد بهلاك اهله واستغنى عنه لا يعيده ابو يوسف رحمه الله
للمسجد ملكا لبانيه او لورثته لان ملكه سقط عنه فلا يعود الا يرى ان الكعبة في زمان الفترة
خرب ما حولها بعبدة الاصنام ولم يرجع الى ورثة الباني وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال يعود
الى ملكه لان المقصود منه وهو الصلوة انقطع فخرج عن ان يكون مسجدا فصار كحصير المسجد
اذا استغنى عنه وكالمحصر اذا بعث الهدي ثم زال الاحصار وادرك الحج يفعل ما شاء وقال ابو يوسف رحمه الله
ينقل الى مسجد اخر قيل الخلاف فيما اذا لم يطع ان يبيعه اليه واما اذا انطلع فلا يكون ملكا اتفاقا كذا
في المحيط حكى عن محمد رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله ومر ابو يوسف على اصطبل فقال هذا مسجد محمد
وفي الكفاية هذه الحكاية من وضع الجهلة وليس من شانهم الطعن ولو كان الموقوف جنانا
او مغتلا في محلة فهلك اهله لا يعود الى الواقف او ورثته اجماعا بل يحول الى محلة قريبة منها لان نقله
ممكن لينتفع الناس فيه والمسجد ليس كذلك واللزوم اي لزوم الوقف في الرباط وهو ما بني لينزل ابنا
السبيل فيه والخان وهو المبني لسكنى التجار والسقاية وهي المبنية لسقاية المسلمين والمقبرة
بالحكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع حق العبد الا يرى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل
في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت
كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق حق الانتفاع فيخلص لله تعالى من حكم الحاكم ويجعله
ابو يوسف رحمه الله لانه ما بالقول بان قال جعلته وقفا لهذه الاشياء بناء على اصله لانها لها فيهما
وضعت كذا في قول محمد رحمه الله فانه قال لا يكون الوقف في هذه الاشياء لازما الا اذا سكن
في الخان والرباط وشرب في السقاية والدفن في المقبرة لان قبض الكل متعذر فاقيم
قبض الواحد مقام الكل ويستوي فيه الغني والفقير لانها في العرف يكون للعامة وكذا لو وقف
داره سكنى طلبة العلم واما لو وقف ارضا يصرف غلتها الى طلبة العلم منهم لان في تمليك الغلة
يراد به الفقراء عادة بخلاف ما لو اوصى ثلث ماله لطلبة العلم وهم يحصون يستوي فيه الغني والفقير
لان المراد من الوصية الصلة وهي تتحقق ايضا ولو كانوا لا يحصون يصرف الى ذوي الحاجة منهم كذا في
المحيط والظاهر ان في مثل هذه الاشياء لا يعين متوليا عادة لانها للعامة حتى لو نزل الواقف في الخان
ودفن فيها او شرب منها يجوز فيكون قبض الموقوف عليه كافيا في اللزوم فيكون تسليما بما يليق به

لا يعرف الا الغني

ولو جعل لها قولها على خلاف العادة ينبغي ان يكون قبضه في اللزوم كذا في شرح المص وفي الاختيار
ايضا لان المتولي نايب عن الموقوف عليهم وكذا لو سلم الى القاضي او نايبه وقال لا يجوز وقف كل عين
معينة مملوكة قابلة للنقل من ملك الى ملك مفيدة باقية فالعين الموصوفة بالصفات المذكورة
لا يجوز وقفها كليا بل انما يجوز اذا كانت عقارا عند ابي حنيفة رحمه الله قياسا لان وقف المنقول
لا يتابد ولا بد من التابيد فيه ويجوز في بعض المنقولات ايضا عنده استحسانا لورود الاثر
فيه وقال الشافعي رحمه الله يجوز وقف كل عين موصوفة بالصفات المذكورة لان المقصود من الوقف
الانتفاع وكل ما يمكن ان ينتفع بعينه يجوز وقفه فلا يجوز وقف ما في الذمة كالمديون وكذا
وقف المنافع لانها ليست باعيان وكذا لا يجوز وقف المجهول وغير المملوك وهو ظاهر وكذا
لا يجوز وقف ام الولد والمدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وكذا لا يجوز ما لا ينتفع
بعينه كذهب وفضة وكذا الطعام لا يجوز وقفه لان الغرض من الوقف حصول انتفاع به مع
بقاء عينه ويكون ما يحصل منه الغلة كالثمر واللبن والغلة والسكنى والسبل ونحو ذلك
ولا خلاف لنا في هذه القيود الا في القيد الرابع وهو ان الوقف لا ينتقل الى ملك الموقوف عليه
عندنا كما مر وعنده ينتقل وعن زفر رحمه الله يجوز الطعام والدراهم بان يباع الطعام فيدفع
ثمنه مضاربة وكذا الدراهم ويصرف ما ربح على الوجه الذي وقف عليه وعن الانصاري وكان من
اصحاب زفر رحمه الله وقف الدراهم والطعام وما يكال او ما يوزن هل يجوز ذلك قال نعم قيل فكيف قال
تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بفضلها على الوجه الذي وقف عليه وما يكال ويوزن يباع ويدفع
ثمنها مضاربة وبضاعة كالدراهم وعلى هذا القياس ولو وقف الحنطة على شرط ان يقرض الفقراء الذين
لا بذر لهم ان يزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء
ابدا على هذا السبيل كذا في الخلاصة فيجوز وقف العقار اجماعا لانه متابد ووقف المنقول باطل
عند ابي حنيفة رحمه الله لعدم تحقق التابيد وقالا يجوز ما كان تبعا كالارض الحرث والبقر وعبيد
الاكرة بالقاف جمع الاكار وهو الزراع مع الضيعة وهي المزرعة كما جاز بيع الشرب تبعا للارض
ولو وقف الارض بجميع ما فيها وفيها ثمرة قائمة وقت الوقف لا يدخل في الوقف لانها ليست من
توابع العقار ولكن يلزم التصدق بها على الفقراء على معنى النذر كذا في المحيط واجاز محمد رحمه الله
وقف ما يتعارف كالمصاحف والكتب في وقف الكتب كان محمد رحمه الله لا يجيزه ونصير بن يحيى وقف كتبه
والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه نأخذ رجل وقف بقرة على رباط ان ما يخرج من لبنها وسمنها

يعطى لابن السبيل قال ان كان في موضع يغلب ذلك في اوقافهم يجوز ان يكون جائزا كذا في البزازية
والقلنس والقدوم بفتح القاف وهو ما ينحت به الشجر والقدور جمع قدر والجنازة بكسر الجيم وقيل
بفتحها هو السرير لحمل الميت وكذا ثيابها والاواني وما يحتاج اليه في غسل الموتى والكراع
وهو الخيل وكذا الابل لان العرب تقاتل عليها ويحمل عليها السلاح وكذا الدروع وهو ما ذهب
اليه عامة المشايخ منهم الامام السرخسي وانما اجازه مع ان القياس ان لا يجوز لانعدام التابيد
والتبعية في هذه الاشياء استحسانا لوجود تعامل الناس في وقفها والقياس يترك به كما في الا
ستصناع ووجه ما ورد من الآثار المشهورة في جوازه فان خالد بن الوليد وقف دروعا في سبيل الله
وان اجازه رسول الله عليه السلام وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله وجعل رجل ناقة في سبيل الله
فاراد آخر ان يحج عليها فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ويفتى براي
محمد رحمه الله ولا يجوز تمليكه اي تمليك الوقف لغير الموقوف عليه لان الوقف ازالة الملك لا الى مالك
كالاعتاق ويجيز ابو يوسف رحمه الله القسمة في الوقف المشاع ان طلب الشريك القسمة وقالا لا
يجوز لان في القسمة معنى البيع والتمليك في غير المثليات وهو في الوقف ممتنع وله ان القسمة
تمييز وافراز غاية ما في الباب الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا انه في
قسمة الوقف معنى الافراز غالبا نظرا الى الوقف فلم نجعلها في البيع والتمليك وفي البزازية
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم واجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وارادوا القسمة
لا يقسم ارض بينهما ووقف احدهما حصته ثم اقتسما لا يجب عليه ان يقف ثانيا ولذا اراد الاجتناب عن
الخلاف يقف بعد القسمة ثانيا ويبدأ بعمارته اي بعمارة الوقف مطلقا سواء شرط الواقف ذلك
او لم يشترط لان مقصود الوقف الانتفاع بما وقفه على التابيد وانما يحصل ببقائه فيجعل الواقف
دلالة ولو كان شرط الواقف لا يزيد على الشرط فان وقف دارا للسكنى ولده فعمرها ساكنها لانتفاعه
بها كنفقة الموصى بخدمته فان امتنع عن عمارتها غنيا او فقيرا ولم يقدر عليها اجرها الحاكم
وعمرها ثم ردها اليه اي الى الولد ليكون حق الواقف وحق الموقوف عليه مرعيان ولا ولاية للموقوف عليه
بغير اذن الحاكم وصرف ما انهدم من الوقف في عمارته فان استغنى ولم يكن للوقف حاجة الى صرف ما انهدم اليه
حبس اي يحفظ ذلك المنهدم الى وقت الحاجة فيصرف اليها فان تعذر اعادة العين الوقف المنهدم الى
موضع في الموضع بيع في العمارة اي يبيعه الحاكم ويصرف ثمنه في الحرمة صرفا البدل مقام المبدل
ولا يقسم ذلك الثمن بين مستحقيه لان حقهم في المنفعة دون العين لان العين ملك الواقف او حق الله

فلا يصرف اليهم ما ليس حقا لهم وعند ان يقع في قوله ولعدم بقاء اهله يتم بين مستحقيه كذا في العيون
فرس حبس للجهاد صار بحال لا يصلح له يدفع الى واقفه او الى وارثه لو كان وان لم يكن باع ويشترى
آخر للجهاد ولا يحتاج الى امر الحاكم وعن الحلوانى في المسجد او الحوض اذا تفرق الناس يصرف الى
حوض مسجد آخر ويبيع عقار المسجد لمصلحته لا يجوز وان بامر القاضى وان باع بعضه لاصلاح باقيه
لخراب كله جاز وعن الحلوانى يجوز ان يباع ويشترى بثمنه آخر ويجوز ذلك للحاكم والمتولى وان
لم ينقطع النفع عنه ويمكن ولو وجد بثمنه ما هو خير للمسجد لا يباع وعن محمد انه اذا ضعفت الارض
الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها ارضا اخرى اكثر ريعا فله ان يبيعها ويشترى ما هو اكثر ريعا
كذا في البزازية **فصل** في اجارة الوقف واثباته بالشهادة يتبع المؤجر شرط الوقف في اجارته
فلو شرط الواقف ان لا يؤاجر وقفه اكثر من سنة يراعى شرطه لانه انما اخرجه عن ملكه بشرط معلوم
فيتقيد به وان اهمله فلم يشترط فيه شيئا قيل يطلق كما قال المتقدمون بعضهم فيجوز للمتولى ان يؤاجر
سنين بما شاء لتنزله منزلة الواقف وقيل يتقيد بسنة كما قال المتأخرون فلا يجوز اجارته اكثر
من سنة خوفا من ان يتخذ ملكا لغلبة الظلمة المستأكلة ويختار للفتوى ان تؤجر الضياع الموقوفة
جميع ضيعة ثلث سنين وهو قول الامام ابى جعفر الكبير حتى لو دعت المصلحة ان يؤجر اقل
من سنة او اكثر يفعل فان احتاج القيم الى ان يدفع الوقف اجارة طويلة فالوجه ان يعقد
عقودا مترادفة كل عقد على سنة ويكتب في الصك فالعقد الاول لازم والباقى مضاف فيجوز الفسخ
قبل مجيئه وقيل في غيرها يؤجر سنة لا اكثر لان هذا امر يختلف باختلاف المواضع والازمان كذا
في المحيط والفقيه ابو جعفر اختار ان لا يؤجر العقد اكثر من عام والارض التى يزرع في كل عامين
كذلك وان كانت يزرع في كل ثلث او اربع او يزرع في كل سنة قطعة منها حتى يستوعب الزراعة
كلها في كل اربع او خمس يشترط في العقد ذلك المقدار من المدة المتعارفة لكل في العادة لانها لو اجرت
عاما او عامين يزرع المستأجر كلها في تلك المدة وتصير الارض خرابا لا يستأجر بعده فيتضرر الوقف
واما اختيار الفقيه ابو جعفر ويجيز اجارة ارض عشرة اعوام لان المزارع في العادة لا يرغب في اقل منها
وفي الدور سنة لان من راه يتصرف فيه سنوات وما كان يعارض يزاحم يظن انه مالكها ومال الوقف ضايع
لعدم الطالب كذا في البزازية ولا يؤاجر الا باجر المثل لان الاجارة باقل من اجر المثل اضرار للفقراء
ولا ينقض اجارة الوقف اذا كان باجر المثل لو زادت الاجرة لكثرة الرغبة اى رغبة الناس في استيجار
واجر المثل كما كان باق لان المعتبر هو اجر المثل وقت العقد وفي الذخيرة استأجر ارضا وقفا ثلث

سنين باجرة على اجر مثلها ثم رخصت اجرتها بعد زمان لا ينفسخ ولو ازدادت في نفسها لغلو سعرها
عند الكل ينقض الاجارة الاولى وتعقد ثانيا ويجب بالعقد الاول المسمى الى حين الزيادة وبالعقد
الثانى اجر المثل الى انتهاء المدة واما الاملاك لو رخص اجر المثل او غلا لا ينفسخ الاجارة باتفاق
الروايات كذا في الخلاصة وفي مجمع الفتاوى وفيه اختلاف المشايخ قيل يلحق بالوقف فيجوز
فسخه والصحيح لا يجوز فسخه كما ذكر في الخلاصة وفي البزازية استأجر ارض الوقف ثلث اعوام باجر
المثل ثم زاد في اثناء المدة ان زاد عند كل الناس في رواية فتاوى سمرقند لا ينفسخ وفي رواية
اخرى في شرح الطحاوى ينفسخ ولكن يجب لما مضى الى وقت الفسخ المسمى بقسطه ولو كان الارض
بحال لا يمكن فسخها بان كان فيها زرع لم يحصد تجب المسمى الى وقت الزيادة وبعدها يجب اجر المثل ولو رضى
المستأجر الاول بالزيادة فهذا اولى من غيره كذا في جامع الفصولين ولو زاد تعنتا لا يعتبر
وذكر في المحيط ما يؤيد هذا القيد اجر المتولى حمام الوقف باجرة ثم زاد آخر فيه ليس للمتولى ان ينقض
الاجارة اذا كانت باجر المثل او بزيادة يتغابن الناس فيها قال المص فيه حرج وفي قوله لكثرة
الرغبة فائدة وهى ان الاجرة اذا ازدادت في نفسها لا الرغبة راغب في الزيادة متعنت بل لغلو
سعرها عند الكل فالاجارة تنقض وتعقد عقدا ثانيا ومثل بعض الشارحين لما كان اجر
مثل دار اثنى عشر درهما واعطى المستأجر اثنى عشر قفيزا حنطة وكان قيمة كل قفيز وقت العقد
درهما وازداد قيمتها بعدما سكن نصف سنة فصار قيمة كل قفيز ثلثة دراهم ينقض العقد الاول و
يعقد ثانيا ويجب بالعقد الاول لسنة ستة اقفزة وبالثانى قفيزان هذا كلامه والظاهر من هذا ان
الفسخ من جانب المستأجر وفيه اضرار للفقراء فيجب حمله على ما وقع في البزازية وغيرها لان الغرض من
الفسخ فائدة الفقراء لا فائدة المستأجر وليس للموقوف عليه ان يؤاجر الا بنيابة عن المتولى والحاكم او
الواقف او ولاية بان كان حاكما لو لا يملكه الموقوف عليه لا بالغلة دون غيره قال الفقيه ابو جعفر ان
لو كان الاجر كله للموقوف عليه يصح قيل هذا في الدور والحوانيت واما الاراضى فلو شرط الواقف تقديم
العشر والخراج وساير المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤجرها ولو لم يشترط يجوز ان يؤجر ويكون الخراج
ومؤنته عليه فان مات الموقوف عليه في الحال انعقدت باجازة الواقف او نائبه او ولايته لا ينفسخ وكذا القاضى
اذا اجر ثم عزل قبل مضى المدة لا تبطل الاجارة لان كلا منهما بمنزلة الوكيل عن الفقراء وموت
الوكيل لا يفسخ عقد الاجارة ولو اشترى قيم الوقف من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه
عند الحاجة لانه من غلة الوقف وليس بوقف لان صحة الوقف يعتمد على الشرائط ولم توجد فيه كذا في
الاختيار

ولا يعار اي لا يعطي الوقف عارية لان اعارته ابطال حق الفقراء ولا يؤجر لان فيه تعطيل
منافعه وان اتلف منافعه او غصب عقاره وتعطل منافعه يختار وجوب الضمان اي ضمان اجر
المثل واجب على المتلف والغاصب وبه يفتى نظرا الى الوقف ويجوز الشهادة بالشهرة اي بالتسامع
لاثباته اي لاثبات اصل الوقف هو المختار لانه لو لم يجز ذلك لادى الى استهلاك الاوقاف القديمة
وبه اخذ الفقيه ابو الليث ولا يجوز الشهادة بالتسامع على شرط الواقف وجهته هو المختار
وفي الاستروشني يقبل الشهادة على الشهادة في الوقف وكذا شهادة التسامع والرجال
وكذا الشهادة بسماع وان صرحا بالسماع اذا شاهدين يكون ابن سنة عشرين وتاريخ
الوقوف مائة سنة فيتيقن القاضي انه يشهد بسماع فاذا لا فرق بين سكوت وافصاح بخلاف
سائر ما يجوز فيه الشهادة بسماع فانهما لو صرحا انهما شهدا بسماع لا يسمع قبل الشهادة
بلا بيان واقفه تقبل وقيل لا تقبل وينبغي ان يقبل لو كان قديما ولو ذكر الواقف لا المصرف
تقبل لو كان قديما ويصرف الى الفقراء والله اعلم

كتاب الغصب

وهو في اللغة اخذ الشيء من الغير سواء كان مالا او لا على سبيل التغلب والعدوان يقال غصب
فلان زوجة فلان او ولده وغصب منه وغصبته عليه بمعنى واحد قال الله تعالى يأخذ كل سفينة
غصبا اي ظلما وفي الشريعة هو اخذ المال المتقوم المحترم جهرا او هو ازالة يد محقة واثبات يد مبطلة
وعند الثلاثة اثبات يد مبطلة فقط وهو تصرف منهي عنه لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه قال الله تعالى
ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ولان حرمة مال المسلم كحرمة دمه لقوله عليه السلام
لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه وعلى حرمته انعقد الاجماع وهو على ضربين احدهما لا يتعلق
اثم وهو ما يقع على جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه ملكه ثم ظهر انه لغيره والثاني ما تعلق به اثم
وهو ما اخذه على وجه التعدي فانه يأثم باخذه وامساكه واشترط ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف
كون المغصوب قابلا للنقل ولهذا لا يجري الغصب في العقار حتى لو كان زوائد الغصب كالولد
واللبن والجلوس على بساط يكون غصبا عند الثلاثة لا عندنا كاستخدام عبد بغير امره والحمل
والركوب السوق كذلك على دابة غير غصب اجماعا ويجب على الغاصب رد العين المغصوبة ما دامت عينه
باقية في مكان غصبه لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن ولو غصب حرا لنقدين في بلد وقيمته
في بلد آخر وطلبه فيه فعليه تسليمه في الا ان يطالبه بالسفر وان اختلف القيمة ولو غصب عينا ثم لقيه في بلد آخر
والقيمة في هذا المكان اكثر فله اخذه وليس له المطالبة بالقيمة كذا في البزازية فان هلك المغصوب

سواء هلك بحتف انفه او بفعل الغاصب او غيره ضمن مثله اذا كان مثليا كالمكيلات والموزونات
والمعدودات المتقاربة كالجوز والبيض يضمن بالمثل عندنا وبالقيمة عند زفر رحمه الله لان فيه
رعاية حق المالك صورة ومعنى والا اي وان لم يكن مثليا كالحيوانات والمزروعات ولا مثل لها
فقيمته اي فيضمن قيمته يوم الغصب بالاجماع الا عند محمد رحمه الله يوم التلف وعند الشافعي رحمه الله
اكثر ما كانت من حين الغصب الى يوم التلف رعاية لجانب المغصوب منه وهو المالك يوم الغصب لان سبب الضمان
وجد فيه فان نقص المغصوب يضمن النقصان اعتبارا للبعض بالكل هذا اذا كان النقصان
في عين المغصوب وكان غير ربوي حتى لو كان النقصان بالسعر لا يضمن بعد رده الى المكان
او كان النقصان فيما يجري فيه الربوا لا يضمن النقص مع استرداد الاصل كان اعتياضا من الصنعة
ولا قيمة لها في الاموال الربوية وان انقطع المثل اي مثل المغصوب عن الاسواق او عن ايدي
الناس بان كان المغصوب رطبا فانقضى اوانه فوجب عليه القيمة فوجوبها اي القيمة يوم القضاء
اي يوم الخصومة عند قضاء القاضي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله واكثر الشافعية كذا في العيون
لان الانتقال الى القيمة انما كان بالقضاء حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب المثل فيعتبر
قيمته يومئذ ويعتبر ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب لان سبب وجوب القيمة وهو الغصب وجد فيه
ولما انقطع التحق بذوات القيم فيعتبر قيمته فيه لا الانقطاع عن ايدي الناس وهو قول محمد رحمه الله
فانه قال يجب القيمة عند انقطاع جنسه وهو قول باقي الشافعية ولمحمد رحمه الله لان العجز عن اداء المثل
تحقق به فان ادعى الهلاك اي هلاك العين المغصوب يحبس الحاكم حتى يعلم انها لو كانت العين
باقية اظهرها لان الاصل سواء البقاء وقد ادعى خلافه ونظيره لو طالب ثمن المبيع وادعى
افلاسه فلا يعتبر قوله فيه ثم قضى القاضي عليه بالهلاك وهو القيمة لسقوط رد العين عنه
كما علم هلاكها فيملكه الغاصب مستندا الى وقت الغصب لانه قابل للنقل من ملك الى ملك وقد
ملك المالك البدل فيملك الغاصب المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان غيب
المغصوب اي جعل الغاصب وغيره غائبا حتى صار كالهالك فقضي عليه بالقيمة تحت ملكه الغاصب
اياه اي صار ملكا للغاصب حتى لو ظهر المغصوب صار الغاصب احق به وقال الشافعي رحمه الله
لا يصير ملكا له وهو قول لهم لان الغصب عدوان محض فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة
كما في المدبر لا يصير ملكا بالغصب ولنا ان المغصوب منه ملك بدل المغصوب فوجب ان يملك
الغاصب المغصوب تحقيقا للعدل كما في سائر المبادلات والملك بالغصب لا يثبت مقصودا بل

يثبت في ضمن الضمان واما المدبر فلم يكن قابلا للنقل فجاء البدل مقابلا لفوات يد المالك عنه
فقط ويقبل قوله اي قول الغاصب مع يمينه في القيمة لانه ينكر ما يدعيه المالك من زيادة قيمة المغصوب
الا ان يبرهن المالك انها اكثر مما يقوله الغاصب من المقدار فيعمل بالبينة فان اقام البينة
لا تقبل لانها ينفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وفي النهاية بعض مشايخنا رحمهم الله قال تقبل
لاسقاط اليمين كما قبلت من المودع اذا ادعى رد الوديعة ومن المشايخ رحمهم الله من فرق بين هذه
المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر من المضمون
وقد ضمنه بنكوله اي بنكول الغاصب عن اليمين او بقول المالك او ببينة اقامها المالك فلا خيار
للمالك في نقضه خلافا للشافعي رحمه الله لانه رضي بالمبادلة بهذا القدر فيكون العين ملكا للغاصب
او ضمنه بقول الغاصب مع يمينه خير المالك بين امضاء الضمان والاخذ اي اخذ العين ورد
العوض سواء كان قيمة العين اكثر مما ضمنه او مثله او اقل لان المالك لم ياخذ ما ادعاه من
القيمة فجاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه او اقل منه عند المقومين ولا يكون كذلك عنده فيتخير
بالاجماع لان رضاه بهذا القدر لم يتم هذا في ظاهر الرواية وقال الكرخي هذا لو كانت
قيمته اكثر مما اقر به الغاصب فان كان مثل ما اقر به او دونه لا يكون له ان ياخذه كذا في شرح
الجامع الصغير لقاضي خان ولو برهن كل منهما على هلاكه عند الآخر اي اقام الغاصب بينة
على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب رجح
ابو يوسف رحمه الله المالك اي بينته لانها مثبتة للضمان ورجح محمد رحمه الله الغاصب وهذا ظاهر
المذهب ذكره في الجامع لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعي
زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب يكون اولى ويضمن الغاصب ما نقص من العقار بزراعته
بفعله كالزرع وغيره وبسكناه اجماعا كالنقل لان ذلك من باب الاتلاف والعقار يضمن
بالاتلاف كما نقل ترابه فلم يصلح للزراعة او انهدم الدار بسكناه وضمنه محمد وهو قول ابي يوسف رحمهما الله
اولا وقول الثلاثة بهلاكه اي بهلاك العقار كما اذا جرف السيل على الارض وغيرها او انهدم
بناء الدار بآفة سماوية وبه يفتى في الوقف كذا في العيون لهم ان الغاصب لما اثبت يده
زال يد المالك عن الملك المنتفع به لان اجتماع اليدين في محل واحد في زمان واحد محال لان
كل حكم يتعلق بالنقل فيحل به يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع في
ضمان المشتري فصدق عليه حد الغصب فيلزم ضمانه وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله آخرا الاخير

لان ازالة اليد عن العقار غير متصورة لانه لا ينقل وانما يتصور فيه منع المالك عنه وهذا تصرف
في المالك لا في العقار كما لو جعل المالك بعيدا عن مواشيه فتلفت لا يضمن ولقوله عليه السلام من غصب
شبرا من ارض طوقه الله من سبع ارضين فانه عليه السلام ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان
ولو وجب لذكره ولان ما لا يجب القطع بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب وعليه هذا الاختلاف
فرع الاختلاف في تفسير الغصب كما اشير اليه في اول الكتاب واذا تغيرت العين بفعل
الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها بكسر العين وفتح الظاء منافعها التابعة لبقاء العين
يملكه اي يجعل الغاصب ملكا اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها في الاظهر فلا ينقطع حق
المالك وعند الكرخي خير المالك بين تضمين القيمة واخذ العين بلا شيء لهما ان المالك صاحب اصل
وهو العين والغاصب صاحب وصف وهو الصنعة فيرجح صاحب الاصل والملك يبقى ببقاء العين
فلا يزول لحدوث لغيرها ولنا ان الغاصب احدث في المغصوب صنعة متقومة لحقه قايم فيها من كل وجه
فيترجح على الاصل الذي فات من وجه كفوات اسمه وعظم منافعه ولا ينتفع بها اي الغاصب
بتلك العين لانه ملكها بالجرح حتى يؤدي بدلها او تراضيا على مقدار او ابراء المالك او يحكم الحاكم
بالقيمة فيكون حلالا طيبا لان المبادلة حاصلة بهذه الاشياء وانما لم يجز الانتفاع قبلها
استحسانا ووجه الاستحسان ما روي عليه السلام قال في شاة ذبحت وصليت بغير رضا صاحبها
اطعموا الاسارى فانه يفيد الامر بالتصدق وزوال الملك وحرمة الانتفاع قبل الارضاء
والقياس الحل وهو رواية الفقيه ابو الليث عن ابي حنيفة وهو قول الحسن وزفر رحمهم الله لان الغاصب
ملكه باحداث الصنعة وهو في نفسه مشروعة وانما حرم ههنا لوجوده في مال الغير فاشبه الاصطياد
بقوس الغير فيحل انتفاعه بها والتصرف فيها ولهذا لو وهبها او باعها جاز كما لو ذبح شاة وذبحه
او شواه او طبخه او طحن حنطة او زرعها او خبز دقيقا او جعل الصفر آنية بعد الهمزة او الحديد سيفا
او بنى على ساجة وهي خشبة منحوتة مهياة توضع تحت البناء او عصر زيتونا او عنبا او غزل
قطنا او نسج غزلا وهذه الاشياء تمثيلات الاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب او غيره
ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها نقلية والآن صارت من العقار ولهذا استحق المغصوب
بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا والتغيير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها كما لو غصب
خيطا فخاط به او لو غصب لوحا فادخل بالسفينة بهذه التفرقة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يضمنه
النقصان وقال في الساجة ينقض البناء ويرد الساجة وكذا اذا غصب آجرا او بنى به حايطا وفي الذخيرة

انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كان اكثر منها فلا يزول ملكه
عنها اجماعا ولو غصب تبرا وهو ما كان من الذهب غير مضروب فاذا ضرب يكون دينارا ولا يقال تبرا الا الذهب
وبعضهم للفضة ايضا كذا في الصحاح فصاغه انية او ضربه دنانير فهي للمالك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ملكها الغاصب وعليه المثل لانه احدث فيه صنعة متقومة وهي استهلاك من وجه بالكسر سبق بيانه
قريبا وله ان اسم الذهب والفضة والوزن لم يزل عنها وكذا لا يزول معناهما وهو الثمنية فلا يكون في
حكم الهلاك على ان الصنعة غير متقومة في الاموال الربوية ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى
المالك لا يضمن ولو ذبح شاة غيره او قطع عضوا منها فان شاء المالك اخذها وضمنه نقصانها
او سلمها الى الغاصب وضمنه قيمتها لان في الذبح اتلافا لبعض الاغراض من الشاة وهو الدر والنسل
وابقاء لبعضها وهو اللحم وروى هشام ان اخذها المالك لا شيء له وهذا الحكم في ماكول اللحم واما غير الماكول
كذلك يضمن جميع قيمتها بقطع الاطراف لانه استهلاك من كل وجه وان قلع عين الدابة فعليه
ربع القيمة استحسانا كذا في الاختيار وقيمة النقصان قياسا وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لو فقاء عين برذونه او بغل او حمار فعليه ربع قيمته وكذلك ما يعمل عليه من البقر والابل
وما لا يعمل عليه ما نقص وفي الجامع الصغير وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وفي عين
شاة القصاب ما نقصها كذا في الاختيار والجمل والطير والدجاجة والكلب مثلها نقصه وقال ابو يوسف رحمه الله
عليه ما نقص في جميع البهائم اعتبارا بالشاة ولنا ما روي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة
وكذا قضى عمر رضي الله عنه ولانها تصلح للحمل والركوب والعمل فصارت كذات اربعة اعين فتجب
في احدها ربع القيمة كما قلنا في احد الاهداب ربع الدية حيث كانت اربعة كذا في الاختيار واذا
قطع طرفا لعبد المغصوب فللمالك ان ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي ينتفع بعد قطع
عضوه ولا كذلك الدابة الماكولة وان خرق ثوبا خرقا فاحشا واختلف في العيب الفاحش قيل
هو ما يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد وقيل ما ينقص به نصف القيمة وقيل ما استنكف اوساط
الناس مع ذلك الخرق ان يلبسه واليسير ضده كذا في المحيط وفي الهداية الصحيح ان الفاحش
ما يفوت بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح
للقميص والصحيح ما اشار اليه بقوله فابطل عامة منفعته وانما يفوت به بعض العين من حيث
الظاهر لان الثوب اذا تفوت من اجزائه شيء لا محالة ضمنه المالك الغاصب قيمته وترك الثوب
للغاصب لانه استهلاك معنى ولو اخذ المالك وضمن نقصانه فله ذلك لان عينه مع بعض المنافع

قائم وان كان الخرق يسيرا وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخل فيه نقصان عيب مع بقاء
المنفعة وهو تفويت الجودة لا غير ضمن نقصانه لان الغاصب ادخل فيه عيبا وهكذا الحكم في كل عين
من الاعيان الا في الاموال الربوية فان تضمين النقصان متعذر فيها لانه يؤدي الى الربوا
فان المالك يخير فيها بين ان يمسك العين ولا يرجع بشيء على الغاصب وبين ان يسلم العين
اليه ويضمن مثلها او قيمتها والى اخراج الاموال الربوية اشار بقوله اخرق ثوبا لان الربوا لا يجري في
هذا فانه لا يجد فيه صنعة فان جدده بان خاطه قميصا انقطع حق المالك منه فان بنى الغاصب
في ارض او غرس فرغها الغاصب الارض المغصوبة لانه شغل ملك الغير ببنائه او غرسه بغير اذنه
وذا غير جائز وسلمها الى المالك فان نقصت الارض بسبب التفريغ كان للمالك ان يضمن قيمة غرسه
وبنائه مقلوعا اي مستحقا للقلع ومعرفة ذلك بان يقوم الارض بلا ذي ويقوم بينا وامر صاحبه
بقلعه فيضمن ما بينهما من التفاوت ويكون ذا اي البناء والغرس لمالك الارض هذا اذا كان قيمة
البناء والغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت اكثر منها يضمن الغاصب قيمة الارض ولا يامر
بقلعها كما اذا ابتلع دجاجة زيد لولو عمرو فان كان قيمة الدجاجة اكثر يضمن قيمة لولوه و
ان كانت بالعكس يضمن عمرو قيمة الدجاجة كذا في النهاية ولا يضمن المسلم قيمة ما اتلف من خمر ذمي
وكذا اذا اتلف خنزيره ويضمن الذمي ما اتلف من خمر الذمي مثلها اي مثل الخمر وان اتلف خنزيره
يضمن قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنها وهو قول احمد رحمه الله ولو اتلف ميتة ذمي لا يضمن اتفاقا و
كذا لا يضمن خمر مسلم لا يضمن لو اتلفت اجماعا لهما انه تقومها لما سقط في حق المسلم فكذا في حق الذمي
لانهم اتباع للمسلمين في الاحكام ولنا ان الخمر والخنزير مالان متقومان في حق الذمي ونحن امرنا
بتركهم وما يدينون عليه فيكونان مضمونين لو اتلفا الا ان المسلم يضمن الخنزير بقيمتها لانه ممنوع
من تملكها وتمليكها لاهانته بها والذمي يضمن مثلها لكونها من ذوات الامثال ولو اسلم بعد اتلافه اي خمر
ذمي يبرئ ابو يوسف رحمه الله عن الضمان واوجب محمد القيمة اي قيمة الخمر لانه لما عجز عن تسليم مثلها
بالاسلام وجب عليه قيمتها كما لو اتلف المسلم خمر الذمي وله ان ما كان واجبا عليه وهو مثلها
سقط عنه بالاسلام فلم يبق فيه موجب الضمان بعده فلا يجب عليه قيمتها بخلاف المسلم فيجب عليه قيمتها ابتداء
والقولان روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله ولا يضمن ابو يوسف رحمه الله المسلم المتلف زق خمر مسلم
لان اراقتها نهيا عن المنكر وخالف محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال يجب الضمان فيه لان الاراقة ممكنة
بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم وله انه كان ماذونا شرعا في الاراقة وقد لا يتيسر ذلك

الا بالشق فيكون ماذونا فيه والفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله ولو كسر معزفا لمسلم او ذمي كذا في الاختيار
وهو من الطنابير يتخذه اهل اليمن والمراد به ما كان آلة لهو كالمزمار والدف كالبربط والجنك والعود
وغيرها حال كونه متقوما بقيمته لغير لهو فهو اي الكاسر ضامن بذلك القيمة عند ابي حنيفة رحمه الله
فيجوز بيعه وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعه وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله وبه يفتى لانها اعدت للمعاصي فلا
يضمن كالخمر ولان فعلها يتناول النهي عن المنكر وانه مامور به شرعا فلا يضمن وله انها اموال صالحة للانتفاع
في جهة مباحة وتصلح لما لا يحل فيضمن قيمته بما يصلح لمباح والفساد بفعل فاعل مختار فلا يسقط التقوم
وجواز البيع لانهما بناء على المالية فيجب قيمتها لغير اللهو فصار كالجارية المغنية والكبش النطوح
والحمامة الطيارة والديك المقاتل فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الامور وكذا هذا ولو احرق بابا
منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوشة لان نقش التماثيل حرام غير متقوم ولو كان مقطوع
الرؤس يضمن قيمته منقوشا لانه غير حرام والتماثيل على البساط غير محرم فيجب قيمته منقوشا ولو هدم
جدارا فيه صور حال كونه مصنوعا بالوان يضمن قيمة الجدار والاصباغ بلا صور لانه حرام كذا في البزازية
ولو ابق العبد المغصوب من يد الغاصب فرد على المالك من مسيرة سفر فادى الجعل يمنعه
ابو يوسف المالك من الرجوع بما اداه على الغاصب خالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال يرجع عليه
لان سبب الجعل وجد عند الغاصب كما اذا افدى المالك من جناية وجدت عند الغاصب وله
ان الراد عمل للمالك فكان اجر عمله وهذا لان الجعل والفداء كان ضمانا محضا او شراه منه اي شرى
العبد المغصوب من الغاصب لو اعتقه ثم اجاز المالك البيع فالعتق جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وابطله محمد رحمه الله
العتق لقوله عليه السلام لا عتق الا فيما يملكه ابن ادم والمشتري من الغاصب لم يملك العبد فلا ينفذ وله
ان البيع الفضولي يفيد ملكا موقوفا فلما اجاز المالك البيع نفذ من حين العقد فجاز اعتاقه في
لمصادفته الملك فلو اعتقه الغاصب فيضمن للمالك قيمته لم يجز عتقه اتفاقا ولو اعتق المشتري من الراهن
العبد المرهون او باعه ثم اجاز المرتهن نفذ البيع والعتق اجماعا ولو باع المشتري منه من المغصوب
ثم اجاز المالك البيع لا ينفذ البيع الثاني كما عرف في البيع الفاسد اذا وصل المبيع الى
البائع باي وجه كان ينفسخ البيع ولو لم يجز المالك البيع وضمن الغاصب قيمته بعدما اعتق المشتري
منه لم يجز عتقه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الملك ثبت للمشتري في صورة الاجازة من جهة المالك
وفي صورة الضمان من جهة الغاصب وتملك الغاصب للمغصوب ناقص لثبوته مستندا و
المستند ثابت من وجه دون وجه ولهذا يملك بعد الضمان اكسابه دون اولاده في الملك الناقص

في نفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب ولو غصب عبدا صغيرا قارئا او عبدا خبازا فنسي عنده
يضمن فيقوم عالما بالحرفة ويقوم لا يحسن الحرفة فيضمن فضل ما بينهما ولو غصب عبدا صغيرا
فالتحى عنده لا يضمن كذا في البزازية ولو قطع الغاصب يديه اي يدي العبد المغصوب او رجليه او عينيه
او كل ما يلزم له تمام الدية فالمالك يضمنه اي ياخذ قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله ان سلم المالك العبد المقطوع
اليه اي الى الغاصب الجاني وان امسكه فلا شيء له من النقصان وقالا يمسكه ويضمن النقصان لان المغصوب
مبقي على ملكه فيتخير المالك بين ان يدفعه اليه ويضمنه قيمته وبين ان يمسكه وياخذ منه ما نقصته الجناية
كما اذا خرق ثوبه وله ان ضمان اليدين مساو لضمان كل البدن فاذا ضمنه اليدين لزمه تسليم الجثة اليه
لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك واحد بخلاف تخريق الثوب لان قيمة النقصان لا يبلغ قيمة الكل
ولو قطع احد اليدين له ان يمسك الجثة وياخذ النقصان اتفاقا ولو قال المص فللمالك ان لا يمسكه
مع التضمين يكون الاختلاف معلوما ويكون اقصر ولا يحتاج الى زيادة قولهما لكن امساك الجثة
وتضمين تمام القيمة ليكون معلوما من المتن فيكون ما ذكره افيد او دبغ الغاصب جلد ميتة
اي المالك بما له قيمة كالقرظ والعفص ثم استهلكه فهو اي الغاصب بريء عن الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يضمن قيمته طاهرا بان يفرض جلد ذكي غير مدبوغ وياخذ ما زاد وقيل يضمنه قيمته مدبوغا
ويعطي المالك ما زاد بالدباغ لانه اتلف مالا متقوما خالصا للمالك فيضمن كما لو دبغه بما لا قيمة له فاخذه
المالك بغير شيء وكما لو اتلفه ملكه غيره وله انه تقوم الجلد بمال الغاصب وحقه قائم فيه والجلد
تبع ماله في حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة والاصل وهو المال غير مضمون عليه بالاتلاف
فكذا التبع بخلاف المدبوغ بما لا قيمة له فانه بمنزلة غسل الثوب النجس لانه ليس للغاصب فيه شيء متقوم
وبخلاف الاتلاف تملكه غير الغاصب لان الاصل مضمون عليه فكذا التبع ولو جعل الغاصب بعد دباغته فرقا في
فان كان جلد ذكي وجب عليه قيمته يوم الغصب اتفاقا وان كان جلد ميتة فلا شيء لانه تبدل اسمه
ومعناه بفعل الغاصب كذا في النهاية وفي التبيين ينبغي ان يكون هذا على الخلاف ايضا لانه استهلكه
معنى ولو غصب خمر مسلم فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء
وياخذ جلد الميتة ويعطي ما زاد الدباغة قالوا ان خللها بالنقل من الظل الى الشمس او بالقاء الملح
او بصب الخل فيه ففي الوجه الاول له ان ياخذ الخل بغير شيء لانه عين ماله وانما زال صفة الخمر بغير
ثمن فصار كما لو تخلل بنفسها وهو كغسل الثوب النجس وان خللها بالقاء الملح فيها اختلف المشايخ رحمهم الله
فقيل هو والاول سواء وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله الخل للغاصب لانه استهلاك الا ان الخمر لم يكن

متقوما والملح متقوم فرجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء وعلى قولهما للمالك ان يأخذه ويعطيه ما زاد الملح
فيه كما في دبغ الجلد وصبغ الثوب كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والسواد في الصبغ نقصان
فان من غصب ثوبا وصبغه اسود ادخل فيه نقصانا عند ابي حنيفة رحمه الله فللمالك ان يضمنه قيمة ثوبه ابيض
كما لو خرقه وقالا انه ليس بنقصان فيأخذ المالك الثوب المصبوغ ويغرم ما زاد الصبغ فيه وقيل هذا
اختلاف زمان لا اختلاف برهان لان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمانه ويعدونه نقصانا
وفي زمانهما يلبسونه ويعدونه زيادة ولو صبغه احمر او لت اي خلط السويق بسمن فان شاء المالك
اخذهما ورد ما زاد الصبغ والسمن فيهما او ضمنه قيمة ثوب ابيض لان في اثبات الخيار رعاية للجانبين و
مثل السويق لانه مثلي وقيل يجب القيمة في السويق ايضا لانه تغير بالقلي فلم يبق مثليا كالخبز كذا في
في المبسوط لكن التفاوت فيه قليل فلم يخرج عن كونه مثليا وسلمهما اي الثوب والمخلوط الى الغاصب
وقال الشافعي ولمحمد رحمهما الله قلع صبغه ان امكن وفي قول للشافعي رحمه الله يبيعان ويقسمان الثمن
على قيمة الثوب والصبغ كذا في العيون ولو القى الريح الثوب بالصبغ فالخيار لرب الثوب بلا امر بدفع قيمة
الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية منه حتى يضمن وكذا الحكم في اللت ولو اطعم الغاصب المالك غصبه
منه ولم يعلم الغاصب المالك انه طعامه نحن نبرأ عنه اي الغاصب عن الضمان وقال الشافعي رحمه الله
لا يبرأ ولان هذا ليس بحق بل غرور لانه لو علم لما اكل اذ المرء يرغب بكل مال الغير ما لا يرغب في مال نفسه
ان عين ما وصل اليه فلا يضمنه ثانيا والغرور انما وقع من جهله انه طعامه فلا يعتبر وكذا الخلاف
فيما لو البس الثوب المغصوب المالك ونحن لا نضمن زوايد المغصوب التي زادت عند الغاصب لو هلك
مطلقا سواء كان الزيادة متصلة كالسمن او منفصلة عنه كالولد والثمر وغيرهما الا بالتعدي كما
الغاصب في تلك الزوايد بان اتلفها او بالمنع بعد الطلب اي منع الغاصب المالك عنها بعد الطلب
وقال الشافعي رحمه الله الضمان مطلقا وهو قولهما ولمحمد في رواية عنهما كقولنا لان الغصب
عنده اثبات اليد على ملك الغير بغير اذنه وهو صادق على الزوايد لانه لم يكن في يد المالك حتى يزيلها
فيكون امانة فلا يضمن الا بالتعدي ويفتى في منافع العين المعدة للاستغلال والوقف ومال اليتيم
بالضمان كذا في العيون فلا نضمن المنافع اي منافع المغصوب التي استوفاها الغاصب بصرف كل المنافع
الى نفسه كما لو غصب دارا فسكنها او عطلها كما اذا امسكها شهرا ولم يسكنها وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة
في الحالين فعليه اجر المثل لان المنافع متقومة في العقود الجايزة والفاسدة فيكون مضمونة ولنا
ان الغصب غير متحقق في منافع الغصب لانها حادثة في يد الغاصب فلم يوجد ازالة يد المالك عنها فلا يكون

مضمونا فالزيادة المنفصلة الحاصلة عند الغاصب لا يضمن بالبيع والتسليم اي تسليم المغصوب المبيع
الى المشتري الحاصلة فيه الزيادة فان كان قايما اخذه صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء
ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وان ضمن الغاصب ضمنه مع الزيادة
كذا في الحقايق وليس للمالك ان يضمن الغاصب قيمته يوم التسليم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ذلك و
مضمونة بالبيع والتسليم اتفاقا لهما انه بالتسليم فوت على المالك مكنة استرداد المغصوب مع الزيادة
فصار متعديا فيها فيضمنها كما يضمن المنفصلة بالتعدي وكان البيع لم يرد على الزيادة لان الوصف
لا يقابله شيء من الثمن فلا يضمن بخلاف المنفصلة لانها مقصودة بالبيع فلها حصة من الثمن ويضمن
الغاصب ما نقصت فنقص يجب لانه متعديا وهنا لا نزم الجارية التي حبلت عند الغاصب بالولادة
ضمان النقصان الا ان ينجبر الولد بجبر نقصانها فردها الى المالك فلو ماتت الام في يد الغاصب
بالولادة او في يد المالك بعد الرد حاملا بها والولد في يد الغاصب فيضمن قيمة الام يوم الغصب فلم يجبر نقصان
الام بولدها في الصورتين فرد الولد الى المالك وضمن قيمة الام كذا في البزازية فيسقط اي الضمان عن الغاصب
للجناية بالولد وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط الضمان وهو قول زفر ولمحمد كذا في العيون وهو القياس لان
الولد ملكه وما فات من ملكه لا يجبر به كما اذا خصى عبد غيره فازداد قيمته ولنا ان سبب الزيادة والنقصان
واحد وهو الولادة فلا يظهر النقصان وهذا كما ان البيع يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن
فيه فلا يعد نقصانا حتى لو شهدا على بيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئا والخصي ليس بعيب
عند العامة وانما يرغب بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم يجوز دخوله على الاجنبية فلا يعد زيادة
في المالية لانها انما تتحقق برغبة العامة فلو كان قيمة الغلام يوم خصا خمسمائة فصارت الفا
بعد البرء فصاحبه ان شاء ضمن الغاصب خمسمائة وان شاء اخذ الغلام بلا شيء في غصب فاعتق في يده
او سرقت او نقص قيمتها ولم يكن فعل من قبل الغاصب نقص به قيمتها يغرم الغاصب النقصان كما يضمن
نقصان العيب الحادث من شلل وعور كذا في البزازية ولو حبلت الجارية المغصوبة من زنا عند الغاصب
فردها الى المالك فماتت في نفاسها فعليه اي على الغاصب قيمتها يوم العلوق عند ابي حنيفة وقالا نقصان
الحبل اي عليه ضمان نقصانها في الاصح ذكره قاضيخان وقيل لا يضمن شيئا ذكره في المختلف لانها تعيبت في يد الغاصب
لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث
في يد المالك فلا يبطل به الرد كما لو زنت عنده ثم ردها فحبلت وماتت لا يضمن قيمتها وكما لو اشترى جارية
فوجدها حاملا او ماتت في نفاسها فانه لا يرجع على البايع بالثمن ولكن يرجع على البايع بالنقصان وكذا

لو حميت فردة فماتت عند المالك يضمن النقصان او زنت عند الغاصب فردها فجلدت فماتت بالجلد ولانه غصبها فارغة عن سبب الهلاك وردها مشغولة به فلم يصلح الرد كما لو جنت فردها على المالك فقتلت في يده بتلك الجناية قصاصا فانه يرجع على الغاصب بقيمتها واما المرض فلعجز الطبيعة عن دفع اثر الحمى المتوالية وذلك غير حاصل بالحمى الاولى التي كانت عند الغاصب لانها غير موجبة لما بعدها واما الجلد فان المشروع ضرب غير متلف ولم يثبت اخذه المالك بنقصان الحبل من الزنا فان زال العيب في يد المولى ردها اخذ بعيب على الغاصب كذا في البزازية

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك يقال دع هذا اي اتركه ومنه الموادعة في الحرب بان يترك كل واحد من الفريقين وقال عليه السلام لينتهين قوم عن ودعهم الجماعات اي تركهم الجماعات او هي من الحفظ قال عليه السلام في حديث وداع المسافر استودع الله دينكم وامانتكم اي استحفظ الله اي اطلب منه حفظها وكان الوديعة يترك عند المودع للحفظ ولهذا لا يودع عادة الا من يعرف بالامانة والديانة وعقد مشروع امانة فلا ضمانه بتسليط الغير على حفظها كما قال عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان من استودع على بناء المجهول اي ترك عنده الوديعة كان امينا وكانت الوديعة امانة في يده لو سرقت عنه ولم يسرق معها مال الامين لا يضمن لقوله عليه السلام لا ضمان على المؤتمن وعن مالك رحمه الله كان التهمة والفرق بين الوديعة والامانة فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العامة على الخاصة صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشي الذي وقع في يده من غير قصد الاستحفاظ بان هبت الريح على ثوب انسان والقاه في حجره كذا في النوادر فيحفظ بنفسه ومن عياله لانه التزم الحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله بنفسه وهو انما يحفظ بان يضعه في حرزه ويحمله او اخرج الى السوق او الى الكرم ويحفظ عياله فلانه مضطر الى ان يترك عند من في عياله اذا خرج من بيته فيكون ماذونا فيه دلالة وعند الشافعي رحمه الله واشهب المالكي يضمن بالدفع اليهم كذا في العيون ولو حفظها بزوجته في بيته وكان يعلم انها غير امينة فضاعت يضمن كذا في الخلاصة هذا انما يلزم على المودع اذا قبل الوديعة صريحا او دلالة اذا سكت عند وضعها ولم يقل شيئا او قال هذا وديعة عندك وسكت الخصاريو دهاحتى لو غاب المالك ثم غاب الاخر فضاع ضمن لانه ايداع وقبول عرفا كذا في الاختيار واما اذا قال لا اقبل فتركها المالك عنده ولم يحفظها فضاعت لا يضمن كذا في المحيط لعدم القبول صريحا ودلالة ويجوز من في عيال المودع ان يدفعها الى من في عياله كذا في الجامع الكبير ويعتبر في كونه عيالا المساكنة وحدها اي من هو ساكن مع المودع لا من تجب نفقته عليه

65

حتى دفعت الوديعة الى زوجها الساكن معها لا يضمن وقيل يعتبر المساكنة مع النفقة فقال بعض المشايخ من كان في عياله هو الذي يسكن معه ويجب النفقة عليه كغلامه وامرأته وولده الصغير اذا كان يعقل الحفظ واجيره الخاص مشاهرة او مسانهة اذا كان ساكنا معه والابوان كالاجنبي فيشترط كونهما في عياله ولا يشترط ذلك في حق الولد الصغير لكن شرط في القدرة على الحفظ وذوجه حتى لو كانت الزوجة تسكن في محلة اخرى وهي في عياله وعن محمد رحمه الله اذا دفعها المودع الى ابنه من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله كشريكه عنان وعبد المأذون لا يضمن وعليه الفتوى كذا في النهاية ولهذا لم يشترط في التحفة في عياله فان حفظها بغيرهم اي بغير من في عياله ضمن اي تلفت لان صاحبها انما رضي بحفظه في يده اذ الايدي مختلفة في الامانة وبيد غيرهم ليس كيده الا لخوف غرق او حرق غالبا اذا وقع في دار المودع نار وخاف عن احتراقها الوديعة فدفعها الى غير من في عياله او خاف عن غرقها في سفينة والقاها الى سفينة اخرى فضاعت لا يضمن او مات المودع ولم يجد في عياله فدفعها الى جاره فهلكت لا يضمن لانه تعين طريق الحفظ هذا في هذه الحالة فان الحفظ في تلك الحالة انما يكون بان يدفع الى اي رجل كان هذا اذا لم يمكن الدفع في ذلك الوقت الى من في عياله واما اذا امكن فدفعها الى غيره يضمن كذا في التبيين ولو وقعت الوديعة في البحر وقت القائها الى سفينة اخرى يضمن لان الاتلاف حصل بفعله ولو قال دفعت الى الاخر خوفا من الحرق او الغرق لا يصدق الا ببينة لانه يدعي اسقاط الضمان وان نهاه عن التسليم الى واحد منهم اي ممن في عياله والحال انه لا بد له منه اي للمودع من عياله فيكون مضطرا الى دفع الوديعة الى واحد منهم لا يعتبر نهيه كما اذا كان الوديعة دابة وكان للمودع غلام يسلمها اليه لانه عاجز عن حفظها وخدمتها بنفسه حتى لو صرح بان لا يدفعها الى فلان من عياله ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لا بد له من الدفع وان كان له عيال غيره فدفعها اليه يضمن كذا في المحيط او امره اي المالك المودع بالحفظ في بيت معين منها فحفظها في بيت داره اي بيت اخر منها مساو له في حرز الوديعة للمامور فيه لم يضمن لان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز غالبا فيلغو الشرط كما لو قال احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق اخر وكذا لو قال احفظها في هذا البيت فلا تحفظها في هذا البيت وهما متساويان في الحرز فوضعها في البيت المنهي لا يضمن فان كان الدار كبيرة متباعدة الاطراف بينهما تفاوت في الحرز او البيت الذي نهاه ظهره الى السكة او نحو ذلك يضمن لانه مفيد كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان فان كان حرز احد البيتين من دار واحدة احكم من آخر فحفظها في اضعف فتلفت يضمن وعند الثلاثة لو كان الاخر دون الاول يضمن كذا في العيون بخلاف المخالفة في الدار المامورة حفظها فيها وحفظها في دار اخرى يضمن لانهما يختلفان في الحرز غالبا

فيفيد التقييد فان كانت الدار التي حفظ فيها احرز من الدار التي امر بالحفظ فيها قال الصدر لا يضمن وقال ابو بكر يضمن اي اذا هلكت الوديعة كذا في البزازية كما قال اودع مالي زيدا فاودع عمرا ضمن وان كان عمرا عدل واوثق وفي النوازل لا يضعها في حانوتك فوضع وضاع ان كان الحانوت احرز من الدار او لم يجد مكانا آخر لا يضمن والا يضمن ولو قال المودع كانت الوديعة بين يدي ثم قمت فنسيتها يضمن لان نسيانه تضييع منه ولو قال كانت بين يدي في داري ثم قمت فنسيتها ينظر ان كان الوديعة مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة الذهب يضمن لانه لا يعد حرزا لها والا فلا وان خلطها المودع الوديعة بجنسها بحيث حتى لا يتميز كخلط الحنطة بالحنطة والدهن بالدهن فهو ضامن عند ابي حنيفة رحمه الله لقطع حق المالك عنه وقالا ان شاء ترك ان شاء المودع شركه في المخلوط وان شاء تركه وضمن الخالط مثله ولو خلطها بخلاف جنسها كخلط الخل بالزيت للممازجة يضمن اتفاقا ولو تيسر تمييز المخلوط عما خلطه كما اذا خلط الجوز باللوز او دراهم البيض بالدراهم السود او خلط الذهب بالفضة لا يضمن اتفاقا ولو تعسر كما اذا خلط البر بالشعير ينقطع حق المالك في بعض الروايات لانه وان امكن التمييز لا يمكن ايصال قدر المودع بعينها غالبا لعدم خلو الحنطة من حبات الشعير وكذا العكس والواجب في الوديعة رد عينها فيضمن اتفاقا لان المتعسر كالمتعذر لهما ان هذا الخلط استهلاك من وجه لتعذر التمييز حقيقة دون وجه لعدم تعذره حكما لان القسمة فيما يكال ويوزن من جنس واحد تعين فان مال الجانب الهالك يضمن وان مال الجانب القيام شاركه وله انه استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله واستهلاك العين يكون هكذا لان اعدام المحل غير متصور له والقسمة غير موصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع للضرورة وثمرة الخلاف تظهر قبل اداء الضمان فعنده لا يحل وعندهما يحل وفي الابراء ايضا فان المالك اذا ابرأ الخالط فعنده سقط ضمانه وعندهما سقط خيار الضمان فتعين الشركة وذكر الملتقى مسئلة مختصة بالثمن في العرف وقال وخلطه دراهم غيره بمثلها من دراهم استهلاك وقد ذكرها هنا عامة في كل ما يقبل الخلط سواء امكن التمييز او تعذر وبين حكمها فلا يلزم التسامح بما ذكرنا وان اختلط جنس الوديعة بجنسها بغير صنعه اي صنع المودع كما اذا شق الكيس فاختلط دنانيره بدنانيره كان شريكا اتفاقا لعدم التعدي فان انفق المودع من الوديعة بعضها لنفسه او لعياله ورد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لان ما انفقه صار دينا في ذمته والدين لا يؤدى الا بالتسليم الى صاحبه فلم يوجد وقد كان خلط الباقي بهلاكه فيكون استهلاكا للكل وعند الثلثة يضمن ما انفق فقط وعن مالك رحمه الله لا يضمن ما انفق ايضا كذا في العيون

مثل ان لم يجعل عليها علامة ولو كان جعل لا يضمن الا ما انفق كذا في الفصولين او رفع بعضها اي بعض الوديعة فانفقه ثم هلك الباقي فانما ضمنه وان انفق بيوم اي ضمنه بقدره اي بقدر ما انفق لان التعدي لم يوجد فيما بقي وقال مالك رحمه الله يضمن الكل لانه صار خائنا فلا يبقى امينا او اودعها المودع الوديعة عند آخر من غير ضرورة فهلكت ضمن الاول وضمن الاول ضامن عند ابي حنيفة رحمه الله وخيراه اي جعلا المالك مخيرا في تضمين من شاء لان الاول خان بالدفع والثاني بالقبض فيضمن المالك ايهما شاء كمودع الغاصب لكن ان ضمن الثاني يرجع على الاول لو ضمن لكونه عاملا له ولهما ان ايداع المودع جائز ما لم يفارق عن المودع الذي كان محظورا في حفظها ولهذا لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما فلما فارق الاول تعدى لترك رأيه في الحفظ فثبت الضمان له للثاني لان قبضه ليس بخيانة من يد امين ومودع الغاصب يأخذ عن امين فلا يكون ضامنا او طولبها اي طولب المودع بردها الوديعة وان كان الطالب وكيل المالك فحبسها اي منع الوديعة عن مالكها وهو يقدر على تسليمها يضمن لانه بالمنع صار غاصبا وان طلبها المالك فقال لا اقدر على احضارها الساعة فتركه المالك وذهب ان عن رضا لا يضمن لانه لما ذهب بالرضا فقد استأنفها وان ذهب عن غير رضا ضمن وان كان الطالب وكيل المالك يضمن مطلقا لانه لا يملك انشاؤها ولو كانت الدابة فاصابها شيء فامر المودع بعلاجها فعالجها فماتت من ذلك ضمن قيمتها وللمودع بالخيار بين تضمين المودع وبين تضمين المعالج فيرجع على المودع بما ضمن ان كان لا يعلم بالدابة الوديعة وان علم لم يرجع وان ضمن المودع لا يرجع على المعالج كذا في الاختيار ولو كان لرد الوديعة حمل فلم يحملها المودع فهلكت لا يضمن لان مؤنة الحمل ليست على المودع ولو كان الطلب وقت الفتنة ولم يقدر التسليم خوفا على نفسه او ماله لا يضمن كذا في الخانية او تعدى المودع في الوديعة كما لو كان الوديعة ثوبا فلبسه او دعه عند غيره ثم ازاله اي التعدي بحيث يزيل الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يزول فيضمن وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون لان حكم الوديعة ارتفع بالتعدي فلا يعود اليها الا بسبب جديد فلم يوجد فلم يبرأ عن الضمان ولنا ان الشيء انما يبطل بما ينافيه والاستعمال لا ينافي الايداع ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال فاذا زال التعدي عاد حكم العقد لكونها عائدا الى يد النائب ويعتبر تعدي المستعير والمستأجر في عين المستعار والمستأجر لا يزول التعدي عن العين فلا يبرأ عن الضمان لان قبضهما لانفسهما لاستيفائهما المنافع عنهما فبازالة التعدي عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها بخلاف المودع لان يده كيد المالك حكما لكونه عاملا له في الحفظ فبازالة التعدي ارتدت الى يد صاحبها او جحد المودع الوديعة حين طلبها

صاحبها ثم اعترف لم يبرأ عن الضمان وكذا لو ردّ الوديعة الى دار مالكها فلم يسلم اليه ضمن لان المالك ما رضي
بردها الى الدار ولا من في عياله ظاهرا الا لو رضي بم لما دفعها كذا في الاختيار وهذا لو انكر الايداع بان قال لم
يودعني ثم قال اودعتني ولكنها هلكت لا تقبل بينتها على هلاكها قبل الجحود فيضمن لانه بصير متناقضا في
الدعوى وان صدقه المودع برئ من الضمان وقال محمد رحمه الله في الاصل ان قام بينة انها هلكت قبل
الجحود سمعت بينته كذا في الاختيار ولو طلبها المالك فقال اطلبها غدا فجاء الغد فطالبه فقال ضاعت فان قال
ضاعت بعد اقراري لا يضمن وان قال ضاعت قبل اقراري يضمن للتناقض كذا في البزازية وفي الجناس
الوديعة انما تضمن بالجحود اذا نقلها من موضعها الذي كانت فيه حال انكاره وهلكت وان لم ينقلها
فهلكت لا يضمن كمن انكر الدين ثم اقام المدعى عليه البينة على انه اوفاه تقبل بينته لانه لا يكون
عليه دين حين اوفاه ونحن منعنا الضمان عن المودع بالجحود اي بانكار الوديعة في غيبة المودع
بكسر الدال وقال زفر رحمه الله يضمن لان الجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك
كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته فلو تصرف
فيها فربح يطيب له ابو يوسف رحمه الله اي يجعل له الربح طيبا للمودع اذا ادى الضمان او سلم عينها
بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها وسلم له فضل الثمن لان شرط طيب الربح عند الفاسد غير
وقد وجد بالتصرف فيها فيكون بدل ملكه ربحه فيطيب له وامر محمد رحمه الله الربح بالتصدق له لانه انما صار
ملكا له باداء الضمان مستندا الى وقت وجوبه والمستند ثابت من وجه فيكون له الربح حاصلا
من ملك غيره وغير ثابت من وجه فيتصدق لخبثه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا دفع المودع
من مال الوديعة وهي الف الى الغير فانفقها ثم جاء بخمسمائة من مال نفسه فخلطها بالباقية من الوديعة
صار ضامنا للوديعة كلها واذا اتجر بالالف كلها فربح الف آخر يطيب له ربح الخمسمائة الباقية عنده
ولا يطيب عنده كذا في الحقائق ونحن لا نمنع من السفر بها اي بالوديعة فيما قربها اي ان شاء
وقال الشافعي رحمه الله يمنع منه وهو قول مالك بن انس حتى لو سافر بها وهلكت لا يضمن عندنا وفي يضمن
عنده لان المفازة مهلكة والمتعارف ان الوديعة يحفظ في المصر فيتقيد به الايداع سواء كان
لها حمل او لا فله ذلك اي للمودع السفر بالوديعة عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان له حمل او لا مع الامن
اي امن الطريق وعدم النهي اي نهي صاحبها عن السفر فاذا وجدا له ان يسافر بها بالاجماع وقالا
ان لم يكن لها حمل يتحمل لها اي ثقل ومؤنة اي اجرة فله ان يسافر بها وان كان لها حمل فليس له
ذلك حتى لو سافر بها يضمن لان الوديعة التي لها حمل صاحبها غير راض بالسفر بها دلالة لما يلحقه

ضرر من اجرة رد الوديعة فصار كما لو نهاه صريحا عن السفر بها وله ان المودع مامور بالحفظ على
الاطلاق الغالب السلامة لو كان الطريق امنا ولهذا يملكه الوصي والاب او اذا سافر بمال اليتيم والمرتهن
امن اجماعا ان سافر باهله وان سافر بنفسه ضمن لانه لا يمكنه ان يتركها عند اهله بخلاف الركوب في البحر فان
الغالب فيها العطب فاذا لم يمكنه حفظها الا بالسفر يكون مأذونا به ولا سيما اذا كان من اهل
والتركمان والاتراك والاعراب فلا بد لهم من رحلتا الشتاء والصيف واعلم ان المذكور في المنظومة
وجامع الصغير ان ابا يوسف رحمه الله قال اذا كان له حمل وكان السفر بعيدا فليس له ان يسافر بها وان كان
قريبا فله ذلك لانها مؤنتها يسيرة ساقطة عن الاعتبار وعند محمد لا يسافر في الحالين لان حمله و
مؤنته على المالك وهو لم يرض لذلك والصحيح ان يفصل قول ابي يوسف لان المراد بخلافهما له وهو متحقق
في البعيد او هو رواية عنه ايضا مثل اذا لم يكن له بد من السفر بها لانعدام من يحفظها حتى لو كان له
بد منه فليس له السفر بها اتفاقا وكذا فيما اذا كان الايداع غير مقيد بمكان لانه لو كان مقيدا
فليس له السفر بها بالاجماع ولو اودعاه اي لو كان المودع مكيلا او موزونا وغاب واحد من المالكين
لم يدفع احد حظه حتى يحضر الآخر فان جاء وطلب الآخر نصيبه فدفع اليه فهو اي المودع ضامن
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لان الحاضر طلب نصيبه فيجب دفعه اليه كالدين المشترك فلا يضمن
بدفعه وله ان المودع قسم المال بغير اذن الغائب وهو كان مامورا بالحفظ لا بالقسمة فيضمن
نصيبه بخلاف الدين المشترك لان المديون سلم اليه نصيبه من مال نفسه لان الديون تقضى بامثالها
فليس فيه قسمة على الغائب ولهذا لو قال رجل للمديون وكلني فلان بقبض الدين منك فصدقه
يجبره القاضي على الاداء وان قال للمودع وكلني بقبض الوديعة منك فصدقه لم يجبره القاضي
الى التسليم وكذا الحكم في سائر المثليات لان معنى الافراز فيها غالب ولهذا جاز لاحد الشريكين في
المثلي باخذ نصيبه بلا رضاء الآخر ولا قضاء بخلاف غير المثلي لان فيه معنى المبادلة غالب ولهذا
لو كان الوديعة غير المثلي لا يأخذ نصيبه في قولهم جميعا كذا في شرح الجامع الصغير او اودع ما رجل
عند رجلين ما يقسم فاقتسماه ودفع احدهما قسمه اي حصته الى شريكه فهو اي الدافع ضامن عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن وهو قول الثلاثة كذا في العيون لان المالك صار راضيا بهما بامانتهما
في جميع الوديعة لعلمه ان اجتماعهما في مكان واحد للحفظ متعذر فصار راضيا باقتسامهما لهذا
المعنى فلا يضمن بالدفع وله ان المالك امرهما بالحفظ وحفظهما فيما يقسم انما يكون بالقسمة
فصار راضيا بها ولا يقاس عليها المهاياة لان في المهاياة يوجد حفظ احدهما لا حفظهما ولما

القابض فلا يضمن بالاجماع لان مودع المودع غير ضامن عنده بخلاف غاصب الغاصب فانه ضامن اتفاقا وان كان مال جعل وديعة عند اثنين لا يقسم جاز حفظ احدهما باذن الاخر اجماعا لان اجتماعهما على حفظها الجميع متعذر فجعل المالك راضيا بالمهاياة ويضمن ابو يوسف رحمه الله الصبي والعبد المحجورين المودعين ما اتلفاه المال من الوديعة كلا او جزءا فيباع العبد فيه وقالا لا يضمن العبد بعد العتق ولا يضمن الصبي اصلا لان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ والصبي لم يصح التزامه اصلا فصار المالك كان اذن اتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح في حق المولى فلا يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق ولو انهما حجر بهما في الاقوال فقط فيضمنان في الافعال ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان ولو كانا ماذونين باخذها الوديعة يضمنان في الحال اجماعا والاذن في التجارة لا يستلزم الاذن في التجارة لا يستلزم الاذن في اخذ الوديعة فيكون محجورا في حقها مكذا قيل والمذكور في الكتب العبد الماذون في البيع والشرا واخذ الوديعة من توابعها بحكم المعاملة بين التجار فيكون الاذن بالتجارة اذنا باخذ الوديعة دلالة فلا احتياج الى الاذن باخذها كما ظن ولو اتلفا ما اودع عند الاب والمولى يضمنان في الحال اجماعا ولو هلكت الوديعة في ايديهما بلا صنع منهما لا يضمنان اتفاقا ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي يضمن اجماعا والفرق بين العبد وغيره ان المولى لا يملك روح العبد فلا يملك تسليطه بخلاف المال كذا في المبسوط والمراد من الصبي هو الذي يعقل واما الذي لا يعقل لا يضمن اتفاقا ولو دفع العبد الوديعة الى الثاني اي الى عبد محجور فهلكت عنده فللمالك ان يضمن العبد الاول الدافع بعد العتق عند ابي حنيفة رحمه الله فقط وليس على العبد الثاني ضمان لانه مودع المودع ولا ضمان عليه عنده اذا لم يتعد ويجيزه ابو يوسف رحمه الله المالك التضمين في ايهما شاء من العبدين كما يقتضيه اصل مذهبه اما الاول فلانه سلطه بالدفع واما الثاني فلانه مودع المودع وهو ضامن عنده في الحال لما مر من المحجور يضمن عنده في الحال فان عتق الثاني اولا وضمنه يرجع على الاول وان عتق الاول اولا وضمنه لم يرجع على الثاني ولو اودع رجلا الفا فاودع المودع رجلا آخر فهلكت عند الثاني فلرب المال ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الثاني عنده وعندهما له ان يضمن الثاني عنده وعندهما له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل للاول وان ضمن الاول لا يرجع على الاول كذا في شرح الجامع الصغير ووافق محمد رحمه الله الاول اي ابا حنيفة رحمه الله في القول الاول فقال يضمن العبد الاول بعد العتق والزم محمد رحمه الله العبد الثاني

بضمان التلف لا الاول لانه ضمان فعل لقبضه كونه غصبا بغير اذنه فلزم في الحال ومحل الخلاف اذا دفع العبد الوديعة الى الثاني ولو امر الاول الثاني بقبضه فقبض الوديعة وضاعت ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا كذا في الحقائق وقيل بعد العتق في رواية محمد رحمه الله ان العبد الثاني يضمن بعد العتق لانه لو ضمنه في الحال لكان له ان يرجع على الاول لانه استعمله ولزمه تضمين المودع المحجور قبل العتق وهو لا يقول به او اودع العبد الثاني بتلك الوديعة عند عبد ثالث مثلهما اي محجور فالاول كالاول اي فحكم العبد الاول في هذه المسئلة الثالثة عند ابي حنيفة رحمه الله في انه يضمن بعد العتق والثاني ضامن للحال عند ابي حنيفة رحمه الله لانه تعدى بالتسليم الى الثالث فيضمن للحال فقط اي لا ضمان على الثالث وان اعتق لان مودع المودع غير ضامن عنده ويجيزه ابو يوسف رحمه الله للمالك في تضمين ايهم شاء من احد الثلث المذكورة في الحال لكونهم ضمان فعل اما الاول والثاني فلوجود الدفع منهما واما الثالث فلانه قبض مال غيره بغير اذنه وخير محمد رحمه الله المالك في الاول بعد العتق لانه صار ضامنا بالعقد فلا يلزمه في الحال فتاخر الى زمان العتق ويخير ايضا في الاخرين وهما الثاني والثالث في الحال لان ضمانا لكل منهما ضمان فعل اودع عنده جراب ثياب ثم ادعى انه كان فيه كذا ولا يجده وقال المودع لم اعلم ما كان فيه لا شيء عليه لان المدعي عليه اضاعة شيء فيحلف كذا في الخزانة

كتاب العارية

بتشديد الياء كانها منسوبة الى العار وهي مشتقة عن العرية وهي العطية سميت بها لتعريها عن العوض وقيل مشتقة من التعاور وهي التناوب والتداول في المنفعة وسمي العقد به لانهم يتداولون العين ويتداولون بها الحديد ولهذا اختص بما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين في ملك صاحبها ولهذا اعارة المكيلي والموزون قرض لا يستحب وهي عقد مستحب لما فيه من قضاء حاجة المسلم ونذب الشرع اليه قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه السلام لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون اخيه وذم الله تعالى على منعه ويمنعون الماعون اي العواري من القدر والفاس ونحو واستعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض والاعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة فكذا المنافع بالاجارة بعوض والاعارة بغير عوض وهي تمليك المنافع بغير عوض وهو اختيار ابي بكر الرازي رحمه الله وقال الكرخي رحمه الله هي اباحة انتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة بدليل انه لا يشترط فيها بيان المدة ولجهالة تمنع صحة التمليك ولا يملك المستعير اجارة ما استعاره ولو ملك المنافع لملك اجارتها فالصحيح ما قاله المص لان المستعير له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كانت اباحة لما ملك ذلك كمن ابيح له الطعام ليس له ان يبيحه لغيره وانما لم يجز الاجارة لانها تمليك موقت ينقطع حقها عنها الى انتهاء المدة والعارية تمليك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ولان الاجارة

اقوى والرهن من الاعارة والشيء لا يستتبع ما هو اقوى وتمليك المنافع بعوض صح مع جهالتها حاجة فبغير عوض اولى
مع ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المعير له ان يرجع في كل ساعة ولهذا يعمل فيه النهي عن الانتفاع بكل وقت
ولا تكون الاعارة الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه فاذا اعار مكيلا او موزونا كان قرضا معنى اما لم يبين جهتها
لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها وما يملك الانتفاع على ان يكون مضمونا عليه يكون قرضا ولو استعار
دراهم وتبين جهتها بان يعير بها ميزانه او يزين بها حانوته ليس له ان يتعدى بها عما بين من الجهة والمنفعة فلا
يكون قرضا كاستعارة الحلي فعلم مما ذكر ان العارية نوعان حقيقة وهي اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع
بها مع بقاء عينها كالثوب والدار ومجاز وهي اعارة ما لا يمكن الانتفاع الا باستهلاكه كالدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والعددي المتقارب فيكون اعارة صورة وقرضا معنى فلو جعلها اي العارية امانة
حتى لو ملكها بلا تعد من المستعير لا يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لو هلكت في غير حالة الانتفاع وهو قول اليوم
وعنه لو شرط الضمان يضمن والا فلا وقال مالك ما يخفى هلاكها كالثياب والاعيان يضمن وما لا فلا كذا في العيون
وفي النوازل قال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لا يضمن وان هلكت لا من استعمال المعتاد
يضمن لما روي عليه السلام استعار من صفوان دروعا فقال اغصبا تأخذها يا محمد فقال عارية مردودة
مضمونة ولانه قبض مال الغير قبضا غير مستحق والاذن بالقبض ثابت ضرورة وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
فثبت بعضه في المقبوض من حيث الانتفاع لا مطلقا فلا يوجد الاذن فيما يرجع الى العين ولنا ان عقده
وارد على المنفعة لا على العين فلا ينظر فيما وراء الانتفاع فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عليه السلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان اي غير المتعدي ولان الضمان انما يكون بالتعدي لان العقد موضوع للتبرع
بالمنافع ملكا او اباحة والقبض لم يقع تعديا لانه ماذون فيه من قبل المالك لانه لا يمكنه الانتفاع الا به فيكون
الاذن بالانتفاع اذنا بما يتوقف عليه بالضرورة فلا يكون متعديا بخلاف المقبوض على سوم الشراء وتأويل
ما رواه واجبة الرد ومضمونة بمؤنة الرد توفيقا بين الحديثين وتصح باعرتك لانه صريح في العارية
ومنحتك ثوبي وحملتك عليها اي على الدابة لقائل يريدهما اي بقول منحتك وحملتك الهبة لان كلا منهما
يستعمل في تمليك العين الذي هو الهبة لكثرة الاستعمال فيها كما في الاخبار فكانها حقيقة عرفية بغلبة الاستعمال
في تمليك العين وهذا يصلح له المحل وكونه مجازا في تمليك المنفعة فيحتاج الى الارادة والقرينة ان استوى
الاستعمال فيهما بحسب اللغة للاشتراك في الوضع واخدمتك هذا العبد لانه صريح في الكلام وهو معنى الاعارة وداري لك سكنى
لان السكنى محكم في تمليك المنفعة او داري لك سكنى عمري فعلى ما هي لك داري سكنا لك مدة عمرك وتكون تمييزه
للمستعير في العارية المطلقة ان يعير قصد بما استعاره اذا كان لا يختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة وغيرها

شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف باستعمال المستعملين غير مفيد وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز في الاصح وهو قول احمد لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنافع
فيملك ان يعيره كالموصى له بخدمة العبد يملكه لا ان يبيعه فالحاصل ان المملوك يملك والمباح لا يباح فلو كان
فيما يختلف باستعمال المستعملين كالركوب واللبس فليس له ان يعيره غيره ولو قال حين الدفع البس الثوب
من شئت فلان يعيره لو كان لم يلبسه هو لانه لما كان متعينا فلو اعار غيره يضمن وهو مختار الامام البزدوي رحمه الله
وقال بعضهم لا يضمن وكذا الاختلاف في الابتداء لو اركب غيره ثم اراد ان يركب بنفسه وليس له ان يؤجر لان
الاجارة لازمة والعارية غير لازمة ولان الاعارة دون الاجارة فلا يتضمن ما هو اقوى ولم يذكر الايداع في
الكتاب واختلف المشايخ فقال مشايخ العراق يملك الايداع قصدا فيما لا يملكه الاعارة وعليه الفتوى كذا
في النوازل وبه اخذ الفقيه ابو الليث والشيخ الامام ابو بكر بن الفضل وهو الاصح كذا في النوازل لان
الايداع دون الاعارة فاذا ملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه ملك ما دونها وقال بعضهم لا يملك الايداع
وهو الصحيح كذا في شرح الجامع الصغير لان الاعارة تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة وتسليم العين من
ضروراته وذلك اما الايداع تصرف في ملك العين وصاحب العين لم يرض بالدفع الى غيره قال الامام المرغيناني
وجدت رواية منصوصة انه لا يملك الايداع كذا في البزازية والمودع لا يودع لان الناس يتفاوتون
في حفظ الامانة وان استعار ليرهن جاز لان المستعير يكون ماذونا فيه وله ان يحبس بدينه لان في ذلك
ايفاء الدين وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بلا اذنه ثم لو اطلق اراد ان يرهن بما شاء وان قيد المعير بان
يرهنه المستعير بقدر معلوم او جنس او مكان لم يتجاوز وضمن لو قيد المعير ان المستعير بان يرهنه بخمسة دراهم
في الكوفة فرهنه باكثر من خمسة او خمسة دنانير في البصرة يكون ضامنا وكذا لو عين المرتهن فرهن غيره ولو هلك
الرهن المستعار بعد الفكاك او قبل الرهن فلا ضمان لان قبض المستعير غير مضمون او في يد المرتهن ضمن الراهن
للمعير قدر ما يسقط عنه بالهلاك من الدين مثلا لو هلك نصف الرهن في يد المرتهن يكون المستعير مستوفيا
نصف دينه فيضمن للمعير هذا المقدار وما فضل يكون امانة وان اعار الارض للبناء والغرس كان له ان يرجع
اطلق او وقت لانها غير لازمة فاذا رجع لا يضمن للمستعير ما ينقص من بنائه وغرسه ويكلفه تفريغها اي
تفريغ الارض من البناء والغرس لانها مشغولة بهما ولو كان البناء من تراب الارض فتركه المعير للمستعير
الا برضاه ولا ان يرجع عليه بما انفق وان كانت الارض يتضرر بالقلع يضمن قيمتها مقلوعين وعلى قول
مالك رحمه الله يترك الغرس والبناء على صاحب الارض ويضمنه لانه صار مغرورا من جهته فكان له
ان يضمنه القيمة كما لو كانت الاعارة موقتة كذا في شرح الجامع الصغير فان وقت اي جعل الاعارة مدة معلومة

فرجع قبله اي قبل انقضاء المدة كره لما فيه من خلف الوعد ولو استعار شيئا يومين او ثلثة فعليه رده
عند انقضاء المدة فلم يرده مع القدرة على الرد فهلكت عنده ضمنه سواء استعمله او لم يكن كذا في الا
وكذا ضمن اي المعير الراجع قبل المدة الضمان فقيل ما نقصهما القلع هذا تفصيل للضمان فيلزم
المعير عند ان ضمان قيمتهما انتقض البناء والغرس بالقلع وقيل يضمن المعير للمستعير قيمتهما اي قيمة بنائه
وغرسه ويملكهما المعير البناء والغرس فيكون البناء والغرس له الا ان يرفعهما المستعير استثناء عن قوله
يملكهما فان شاء المستعير ان يرفع بنائه وغرسه ويضمن نقصانهما فله ذلك فلا يملكهما المعير فلو كان
وضع المسألة في غير الموقت لا يضمن اتفاقا لعدم الغرور كذا في الحقائق وقيل ان الخيار الى [illegible]
المالك بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما انما يثبت الخيار له لا للمستعير لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب فرع فيترجح صاحب الاصل وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه اصلا لان التوقيت في العارية
غير ملزم كاصل العقد ولهذا كان له ان يستردها في اي وقت شاء ولنا ان فايدة التوقيت
التزام القيمة ان رجع قبل الوقت فصار كانه قال ان رجعت قبل الوقت فانا ضامن فيلزمه بحكم
الالتزام لا بحكم العقد وان اعارها اي الارض للزرع فلا رجوع للمعير عن هذا العقد وان تمت المدة
قبل حصده اي حصد زرعه مطلقا سواء وقت الاعارة او لم يوقتها لان الزرع نهاية معلومة فيترك
باجر المثل رعاية للحقين بخلاف الغرس والبناء اذ ليس لهما نهاية فيامر بقلعهما لئلا يتضرر المالك
والمستعير يكتب عند ابي حنيفة رح في صك اعارة الارض للزراعة اطعمتني ارض فلانية فلان الذي
لا يطعم فيكون المراد منه اباحة الارض في بيت حتى يوجد بطعم وكان هذا اللفظ اولى المعنى المقصود منها
لان الاعارة عقدت للزراعة وهي محتاجة الى مدة معينة ومطلق الاعارة لا يدل عليه ولفظ الاطعام
يدل عليه فكان اولى وبهذا يغني عن ذكر المدة وقالا يكتب هذا اعارني فلان هذه الارض لان الموضوع
بهذا العقد لفظ العارية وهو صريح فيه فكتابته اولى وفي الدور والمنازل يكتب اعارني فلان داره او منازله
اتفاقا لان الانتفاع بهما من حيث السكنى فقط كذا في الحقائق ويؤدي المستعير والمؤجر والغاصب
اجرة رد العارية والمغصوب لان قبض المستعير كان لمنفعة نفسه فيكون اجرة الرد عليه لان الغرم
بالغنم وكذا اجرة رد العين المستاجرة لان المؤجر انتفع باجرة معينة فيكون مؤنة الرد عليه
وان كان بالتخلية بين العين ومالكها وكذا اجرة رد المغصوبة لان رد المغصوب الى المالك كان واجبا
على الغاصب فيجب مؤنته عليه تبعا وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها او رد مع عبده اي عبد المستعير
او رد مع اجيره مسانهة او مشاهرة ليكون ممن في عياله لا المياومة وكذا لو رد مع عبد المالك

ويعيره كذلك او عينا مستعارة او مستاجرة الى داره اي دار المالك برئ المستعير من الضمان استحسانا
والقياس ان لا يبرا حتى يسلمها الى المالك نفسه لان ذلك تضييع وليس بتسليم وجه الاستحسان ان الرد بهذا الوجه
رد عليه عرفا والمتعارف كالمنصوص حتى لو كان المستعار شيئا لا يرد بهذا الوجه عرفا كعقد الجواهر لا يبرأ
الا بالرد الى المالك لان الرد الى هؤلاء لم تجر العادة بطرحه في الدار وتسليمه الى غلمانه كذا في المنتقى وقيل
هذا في رد الدابة مع غلام المالك الذي يقوم على الدواب والصحيح انه على الاطلاق لان المستعار قد يدفع
الى غير من يقوم عليه في بعض الاوقات فيوجد فيه رضا المالك دلالة الا ان [illegible]
خصوصا اذا كان صحيحا قيل هذا في عرفهم واما في زماننا فلا يبرا في الكل الا بالتسليم الى المالك ولو رد
مع الاجنبي لا يبرا لان المالك لم يرض به لا صريحا ولا دلالة فدلت المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع
كما هو راي بعض المشايخ دون الوديعة اي لو رد الدابة الوديعة الى اصطبل مالكها او رد مع غلامه لا يبرأ
وهو ما ذكره القدوري الا بالرد الى مالكها او نائبه حقيقة لانه لو رضي بكونها في يد من في عياله لما اودع
عند غيره وذكر في الجامع انه لا يضمن وبه اخذ ابو بكر محمد بن الفضل وغيره كذا في شرح الجامع الصغير
وكذا كل المغصوب والمسروق لان الضمان كان واجبا فلا يبرأ الا بالرد على المالك من كل وجه لان الغاصب
يجب عليه نقض فعله وذلك بالرد الى المالك

كتاب اللقيط

وهو في اللغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ على غرض ان
ان يلتقط سمي به تفاؤلا باعتبار ماله لاستصلاح حاله مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشريعة
اسم لمولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنا مضيعه اثم ومحرزه غانم لما في احرازه
احياء النفس فانه على شرف الهلاك وابقاء الحي بدفع سبب الهلاك احياء الناس قال الله تعالى ومن احياها
فكانما احيا الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما فيه ترك الترحم على الصغار
وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا واظهار الشفقة على الاطفال من افضل الاعمال
وندب التقاطه عندنا وعند الثلثة فرض الكفاية ولو خاف ضياعه يجب عندنا وعند الثلثة فرض عين كذا
في العيون ويحكم بحريته لان الدار دار الاحرار والحرية هي الاصل ويحد قاذفه ولا يحد قاذف [illegible] ولا يعرض للملتقط
اخذه اي من الملتقط لان يده عليه اسبق فلا يمكن غيره من ابطالها بغير حق بخلاف الوديعة الى آخر
فليس له استرداده لانه رضي [illegible] يد عليه كذا في المحيط وينفق عليه من بيت المال
ان لم يكن له مال لما روي ان عمر رضي الله عنه فرض له النفقة [illegible] وكذا ارش جناية منه وولاؤه له فيكون
ميراثه لبيت المال لان الغنم بالغرم فان انفق الملتقط على اللقيط من ماله كان متبرعا لعدم الولاية

عليه الا اذا اذن له القاضي بشرط الرجوع على اللقيط لكون النفقة دينا عليه فان امره ولم يشترط الرجوع
قال الطحاوي يرجع عليه بعد البلوغ وان لم يشترط الرجوع لان للقاضي ولاية عامة فامره بالانفاق نافذ
عليه كامره بنفسه لو كان من اهله والاصح ما ذكر في المصنف وهو اختيار شمس الائمة لان مطلق الامر يحتمل الحسبة
والترغيب على الخير والاستدانة فلا يرجع عليه بالشك او يصدقه اللقيط في انه انفقه الملتقط اذا بلغ
وان لم يامر القاضي فلا رجوع لانه متطوع ومن ادعى انه اي اللقيط ابنه ثبت نسبه منه وان لم يقم البينة
استحسانا هذا القائل يدعي الملتقط فان ادعاه يكون اولى لتقويه بسبق يده عليه حتى لو كان الملتقط ذميا
فادعاه يكون اولى من الخارج المسلم المدعي والقياس ان لا يقبل قوله لتضمنه ابطال حق الملتقط او
لانه اقر بانه لقيط فاذا ادعى انه ابنه لا يكون لقيطا فيتناقض وجه الاستحسان ان ذلك اقرار للصبي بما ينفعه
من وجوب النفقة عليه والحضانة وبدفع العار عنه ولا منازع له فيأخذ المدعي من الملتقط ولان
حال الولد الصغير قد يشتبه على الناس لخفائه فيظن اولا انه لقيط ثم تبين انه ابنه والتناقض لا يمنع
ثبوت النسب كالملاعن لو اكذب نفسه وقد يدعي النسب ولي من الملتقط به والنسب مما يعترف به
فاذا صح النسب يترتب عليه الاخذ وقيل يصح في ثبوت النسب من دون ابطال يد الملتقط فان ادعاه
اي نسب اللقيط اثنان وذكر احدهما علامة فيه اي في جسده او سبق احدهما في الدعوى كان اولى من الذي
لم يذكر علامة لشهادة الظاهر له ولان حق السابق ثابت في زمان لم ينازعه الاخر الا ان يقيم الاخر
البينة فانها اقوى وان ادعاه معا او اقاما البينة معا ثبت النسب منهما جميعا لعدم الاولوية
فيستويان في النسب ولكن لا نعتبر قول القائف وهو الذي ينظر الى شبه الاولاد بالاباء فيخبر
ان هذا الولد لفلان وقال الشافعي رحمه الله يعتبر قوله وهو قول احمد رحمه الله كذا في العيون وعند مالك يعتبره
لا يثبت نسبه الا بالبينة لما روي ان النبي عليه السلام حكم بالقائف والقضاء في مثله ولنا قال عمر رضي الله عنه
هو ابنهما يرثهما ويرثانه ومن المعلوم ان القائف لا علم له بالحقيقة والقضاء بذلك قضاء بقول
من لا علم له وهو باطل قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وفي الحقايق يشترط ان يكون القائف من اهل
الشهادة ولا يشترط العدد هو الصحيح وان لم يوجد قائف يقرع بينهما ويحكم بينهما ويحكم لمن
خرجت قرعته ويرجح دعوى المسلم في انه ابنه بالاسلام على دعوى الذمي انه ابنه سواء كان دعواهما
مجردة او ببينة هذا القائل يدعي الملتقط والا فهو اولى للاسلام والحرية اي يرجح بهما كما اذا ادعى
ذمي انه ابنه وادعى مسلم انه عبده يرجح دعوى الذمي لان فيه اثبات الحرية فان وجد في بعض امصار
المسلمين او قراهم او في مسجد فادعاه ذمي ثبت نسبه وكان مسلما لان موجب كلامه شيئان ثبوت النسب منه

وكفره فيثبت ما ينفعه وهو النسب دون ما يضره وهو الكفر وفي المحيط هذا لو كان عليه زي المسلمين وان
كان عليه زي الكفرة كصليب في رقبته وزنار في وسطه يكون كافرا ولو كان زيه مشكلا فالملتقط نصراني
فادعاه وهو ابنه على بيان او في قرية لاهل الذمة او بيعة وهي معبد النصارى او كنيسة والواجد ذمي
كان اللقيط ذميا تبعا للمكان وعند الثلاثة يكون مسلما ايضا كذا في العيون وان كان الواجد مسلما فيهما
اي في قرية الذمي وذميا هناك بان كان الواجد ذميا كائنا في امصار المسلمين فاعتبار المكان او
الواجد او الاسلام روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله ففي رواية المعتبر المكان وهو ظاهر الرواية لكونه
اسبق اليه من يد الواجد حتى لو وجد في دار الاسلام يكون مسلما ولو وجد في مكان اهل الذمة يكون ذميا
سواء كان الواجد مسلما او لا وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله اعتبر الواجد لان يده قائمة عليه حيث
شاء وفي رواية اعتبر الاسلام نظرا للصغير ولو كان ادعاه عبد ثبت نسبه اللقيط من العبد وكان حرا
لان الحرية هي الاصل وكون امه امة مشكوك فلا يثبت به الرقية ولا يقبل دعوى عبوديته لانه محكوم عليه
بحريته لكونه في دار الاحرار الا ان يقيم المدعي بينة عليها فيكون الملتقط خصما له باعتبار يده وان
لم يقم بينة واقر اللقيط قبل البلوغ لا يعتبر وبعد بلوغه بانه رقيق المقر له ينظر ان كان ذلك
قبل اجراء احكام الاحرار عليه من قبول شهادته وضرب قاذفه يكون رقيقا وان كان بعده لا يصح
اقراره لانه اتصل به تكذيب من جهة الشرع باجراء الاحكام عليه فصار كتكذيب المقر له كذا في المحيط
وان كان معه اي اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها كان له اعتبارا للظاهر فينفق حوائجه منه ولا
يزوجه الواجد والبيع والشراء للسلطان في حقه فان زوجه السلطان ولا مال له فالمهر لبيت المال
ولا يتصرف فيما له بغير امر القاضي لانعدام ولايته عليه بالقرابة او بالملك او بالتسليط من غيره
ولهذا لو امر الملتقط بختان اللقيط فهلك يضمن ولو زوجه الامام لكي له مال فالمهر لبيت المال كذا في
النوادر ويشتري له ما يحتاج اليه من الكسوة والطعام وغيرهما ويقبض عنه اي لاجل اللقيط
الهبة لانه نفع محض ويسلمه في صناعة لانه من تاديبه ولا يواجره في الاصح وفي رواية القدوري يجوز
اجارته كاجارة الصغير لان فيها صونا عن الفساد لكونه مشغولا بعمل وجه الرواية الاولى ان الملتقط
لا يملك اتلاف منافعه فلا يواجره كالعم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه مجانا فيملكه بعوض ويمنع ابو يوسف
الامام من استيفاء القصاص لو قتل اللقيط عمدا وقالا له ذلك فليس له ولاية العفو اتفاقا لان فيه ابطالا
لحق المسلمين وله ولاية الصلح على الدية اتفاقا لانه ينفع لهم له ان الاستيفاء كان للولي وولي
فلا يستوفي ولهما قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وهذا اولى لان الولي الذي لا يعرف ولا

ينتفع برايه فهو كالمعدوم وقالت الشافعى رحمه الله قبلوا شهادة اى شهادة اللقيط لو بلغ على رجل بالزنا وقال مالك رحمه الله لا تقبل للتهمة لكونه غير معروف الاب ولنا ان التهمة ترتفع بالعدالة فتقبل بالزنا كما تقبل فى غيره وهى تناسب اللقيط لرجوعهما الى اصل

واحد فى اللفظ والمعنى لان المعنى اللغوى فيهما الرفع الا ان المنبوذ لو كان من بنى آدم خص باللقيط واذا كان من غيره خص باللقطة لان الفُعَلَة بضم الفاء وفتح العين نعت المبالغة فى الفاعل كالضحكة فخص المال بها لزيادة ميل الانسان الى رفعها كانها تامر كل من رآها بان يرفعها وهذا الامر كانت هى رافعة نفسها على الاسناد المجازى كناقة حلوبة ودابة ركوب كانها تحلب نفسها وفى النوازل ترك اللقطة اولى من اخذها صيانة لنفسه عن الضمان اذا اشهد الملتقط انه اخذها وحفظها ليردها الى ملكها كان امينا فتركه فى يده وعند الشافعى ولهم رحمهم الله ينزعها الحاكم من يده لو كان فاسقا ويضعها فى يد عدل واخذها بعد الاشهاد مندوب وواجب اذا خاف الضياع لانه ماذون بالاخذ شرعا بل هو افضل عند عامة العلماء ويكون هى امانة فى يده فلا يضمن لو هلك بعده ويكفى فيه ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على ولم يشترط ابو يوسف رحمه الله الاشهاد على انه اخذها ليردها وهو قول محمد رحمه الله على ما ذكر فى شرح الاقطع وهو قول الشافعى ومالك ولهم كذا فى العينى فلا يضمن بتركه والقول قوله بعد ان يحلف بالله انه اخذه ليرده كذا فى الينابيع لان الظاهر شاهد له لاختيار الحسبة دون المعصية لان مطلق فعل المسلم محمول على الحل شرعا وهذا الدليل الشرعى قايم مقام الاشهاد وقالا يضمن لقوله عليه السلام هذا ما ذكر فى الهداية لان اذن الشرع مقيد بالاشهاد لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب فلا يغير فان جاء صاحبها فهو احق بها امر بالاشهاد عند الاخذ فكان شرطا فجواز الاخذ فالاخذ لا على ذلك لم يكن مشروعا فيكون غصبا ولانه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير بلا اذن وادعى ما يبرئه من الضمان والظاهر يعارضه ظاهر اخرى وهو تصرف الانسان لنفسه الا ان يعلم غيره هذا الخلاف فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او يخاف انه لو اشهد باخذه الظالم فيترك الاشهاد ولا يكون ضامنا اتفاقا وان وجدها فى مفازة ولم يجد من يشهده هناك ثم وجد ولم يشهد حتى ضاع يضمن ان كذبه المالك كذا فى النوازل وان تصادقا على انه اخذها ليردها لم يضمن اتفاقا وان اختلفا فقال صاحبها اخذتها غصبا وقال الملتقط اخذتها لك يضمن اتفاقا ويعرفها الملتقط اللقطة فى الاسواق والشوارع مدة يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك اى ذلك الزمان الذى عرف فيه من غير تفصيل بين القليل

والكثير وهو قول الشافعى الا انه قال فى لقطة الحرم يعرفها الى ان جاء ربها وهو قول الهم رحمهما الله وهو الصحيح وهو مختار صاحب الهداية من الاقوال الواردة فى مدة التعريف وفى تعريف لقطة قيمتها ما دون عشرة دراهم اى اقل من عشرة دراهم ايام بحيث ما يراه الملتقط وهى اى فى العشرة وفى فوقها يعرف لقطة قيمتها يبلغ عشرة دراهم فصاعدا حولا رواية عن ابى حنيفة رحمه الله ذكرها القدورى وهو ظاهر الشرط لان مقدار العشرة مال يتعلق به القطع ويستحل به البضع هذا فيما لا يتسارع اليه الفساد فان تسارع فمدة تعريفها مقدرة الى خوف الفساد وعند الشافعى رحمه الله يبيعها او يتربص بثمنها حولا وفى النوازل ان كانت فى يد الملتقط قائمة يرفع الامر الى الحاكم وله الخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل فان قبل باعها ان شاء تصدق بثمنها على ان يكون الثواب للمالك وان شاء اقرضها من رجل غنى وان شاء دفعها مضاربة فربح طالب الربح وان ردها الحاكم الى الملتقط ثم هو بالخيار ان شاء حفظ الى ظهور الطالب وان شاء تصدق على ان يكون الثواب للمالك وان شاء باعها باذن الحاكم وحفظ ثمنها وليس للمالك نقض البيع اذ البيع باذن الحاكم لا ينقض وان كان بغيره كان له ان شاء ضمن البايع وينفذ البيع من جهة البايع فى ظاهر الرواية وباخذ العامة وان شاء ضمن المشترى كذا فى البزازية ثم يتصدق بها ان شاء اى بعد تعريفها فى المدة المذكورة فيخير الملتقط بين ان يحفظها حسبة لله تعالى وبين ان يتصدق بها لانه لما عجز عن ايصال اللقطة الى صاحبها جاز ان يوصل عوضها وهو الثواب على اعتبار اجازته فان جاء صاحبها فامضاها اى الصدقة يكون ثوابا له والا اى وان لم يمضها فله الخيار ان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه او شاء ضمن المسكين لو هلكت فى يده لانه قبض مال الغير بغير اذنه وهذا التصدق من جهة كونه ماذونا من قبل الشرع يملكه الفقير قبل الاجازة بخلاف بيع الفضولى حيث لا يثبت الملك للمشترى الا بالاجازة وحكى عن القاضى ابى جعفر انه كان يقول هذا لو تصدق بلا امر القاضى واذا تصدق بامره فليس للمالك ان يضمن الملتقط ولكن هذا ليس بصواب لان التصدق بامر القاضى لا يكون اعلى حالا من تصدق القاضى فهناك يضمن فههنا اولى كذا فى الذخيرة ولا ينافى الضمان من جهة انه غير ماذون من المالك فيثبت للفقير ملك غير لازم فان ضمن الملتقط لا يرجع على الفقير لانه ملكها من وقت الاخذ فنفذت الصدقة عليه وان ضمن الفقير لا يرجع على الملتقط لان الفقير اخذها لنفسه كغاصب الغاصب فهما ليردها على المالك ثم وضعها فى مكان الاخذ ان هلكت او استهلكها غيره لا يضمن هذا اذا لم يبرح عن مكانه فان برح ضمن وعن محمد رحمه الله لو مشى خطوتين او ثلثا ثم اعادها الى مكانه برى كذا فى البزازية هذا فى لقطة لها قيمة وان كانت شيئا لا يعاد اخذه كقطعة خبز وقشور الرمان فان كل واحد لا قيمة لها وانما ظهرت القيمة بالاجتماع وحصل

بجمعه فالقيمة انما ظهرت بصنعه فجاز الانتفاع بها وكسنابل بعدما حصد الزرع فالتقطها رجل فاكلها
لا يضمن لان بتركها اباحة دلالة لكن لصاحبها ان ياخذها منه لو وجدها في يده لان الاباحة لا يوجب سقوط
الملك عن العين كذا في المحيط وانما يسقط باذن الشرع الاثم كما في تناول مال الغير حالة المخمصة فتركه
غير مسقط للضمان الواجب لحق مال الغير ولو كانت اللقطة في يد الملتقط والمسكين قايمة اخذه
منه لانه عين ماله وان اتلف العبد العبد الملتقط اللقطة قبل التعريف بيع العبد لقضاء قيمته
كما يباع في ساير الاتلافات او فديه العبد اي فداه لقضاء ما وجب عليه من الضمان او اتلفها العبد
بعده اي بعد التعريف طولب العبد به في الحال فيفديه المالك او يبيعه لانه ضمان استهلاك في
ايمتنا والشافعي رحمه الله لم يوخره اي الضمان الى العتق وقال مالك رحمه الله يوخر المطالبة بالضمان
الى ما بعد العتق لان الشرع اذن له في ذلك بشرط الضمان فيكون مخصوصا به فلا يظهر في حق المولى
ويجوز للفقير الملتقط ان ينتفع بها لان صرفها الى فقير آخر كان للثواب وهو مثله ولو انفقها على نفسه
ثم ايسر لا يلزمه ان يتصدق بمثلها على فقير آخر لانه وضع اللقطة في موضعها كذا في النوادر ولو مات
رجل في دار رجل وعنده دراهم فاراد صاحب البيت ان يتصدق على نفسه ذلك ان كان فقيرا كاللقطة
كذا في البزازية ويحل للتجيز الانتفاع بها للغني الملتقط بعد تعريفها وقال الشافعي رحمه الله يجوز بحكم
القرض وهو قول مالك واحمد رحمهما الله الا في لقطة الحرم وعن احمد مثل قولنا لهم قوله عليه السلام لابي
ابن كعب بعدما عرف اللقطة ثلث سنين اخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه والا فانتفع
وانه كان من المياسير ولنا ان تناول مال الغير بغير اذنه غير جائز بلا ضرورة باطلاق النصوص
وانما جاز للفقير بالحديث فبقي فيما وراءه على الاصل واما انتفاع ابي بن كعب بها فبحكم القرض باذن
الامام ولا كلام في جوازه وانما الكلام فيما كان بغير اذن الامام ويحتمل انه عليه السلام علم فقر ابي من دين
وحاجته لديون عليه فاذن له بالانتفاع بها ويحتمل انه ترك المال الحربي لا امان له لان دار الاسلام يومئذ
لم يكن لها منعة وقد عرف ثلث سنين فكان الظاهر انها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر ظهر انها كانت لكافر وقد
يدع اليه فجعل الحق بهذا واليه اشار عليه السلام فانه رزق ساقه الله تعالى اليك ولكن يعرفك امره بان يعرف
عددها ووكاءها لو جاء صاحبها فيمكن من الخروج عما عليه بدفع مثلها اليه ولا يتصدق بها عليه اي على
الغني لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها والا فتصدق بها والصدقة لا تجوز على الغني ويجوز ان يتصدق
بها الغني على اهله الفقراء لما فيه نظر للملتقط والمالك ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والابل والفرس

قال في شرح الاقطع لا خلاف في جواز التقاطها وان فيه رحمه الله وذكر في الهداية الخلاف في ان الترك
هو الاولى وفي النوازل قال مالك والشافعي رحمهما الله ان كان البعير والبقرة في الصحراء فالافضل ان يتركها او
كذا الفرس لان لها ما يدفع به الهلاك عن نفسها ان كان مع اللقطة ما يدفع الهلاك عن نفسها كالقرن
في البقر وزيادة القوة في حق البعير بكدمه ونحوه فيقضي بكراهة الاخذ قبل الضياع وفي العيون يجوز
التقاط البهيمة الا عند الشافعي رحمه الله في الكبار ومالك في الابل والخيل والبغل والحمار فقط وعند احمد
في الكل وعن احمد يجوز في الغنم لحديث خالد الجهني رضي الله عنه جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسال عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشانك بها
قال فضالة الغنم قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذيب فقال يا رسول الله فضالة الابل فغضب فقال
مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها فمنع رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اخذها وفي معناها البقر والفرس وهذا دل على عدم الجواز ووجه اولوية الترك ان الاصل
في مال الغير الحرمة والاباحة لخوف الضياع فاذا كان معها ما يدفع به عن نفسها قل ضياعها ولكنه
يتوهم فيقضي بالكراهة وكذا حديث عياض بن حمار رضي الله عنه انه عليه السلام سئل عن الضالة
فقال عرفها فان وجدت صاحبها والا فهي مال الله والاصل هو الحمل على الاطلاق ولانها يتوهم
ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس عن الضياع كما في الشاة وفيما روى حكم ضالة
الابل عند كونها محفوظة وخصوصا في زمنه عليه السلام عند غلبة الامانة فلم يكن الضياع متوقعا اما
الخلاف فيما لو غلب على الظن ضياعها وقد دل على ذلك ما نبه في الشاة ونبه به على حكم ضالة الابل
حالة الخوف عليها فالاخذ صيانة لحفظ مال المسلم اولى وقد اسقط المص الخلاف في المتن لما ذكر صاحب الذخيرة
يقال الحيوان صنفان احدهما يمتنع من صغار السباع بفضل قوة كالابل والخيل والبغال والحمار او
لشدة عدوه كالارانب والظباء المملوكة او بطيرانه كالحمام فان وجده في مفازة فللحاكم ونوابه اخذه
للحفظ وجهان اصحهما جوازه واما الاخذ للتمليك فلا يجوز وان وجده في بلدة او قرية او في موضع قريب منها
فوجهان واصحهما جوازه لانها في العمارة تضيع بتسلط الخونة هذا لو كان الزمان زمان امن واما في زمان النهب
والفساد فيجوز التقاطها سواء وجدت في الصحراء او العمران والصنف الثاني ما لا يمتنع من صغار السباع
كالغنم والعجول والفصلان فيجوز التقاطها للتملك سواء وجدت في المفازة او العمران وفي وجه لا يجوز اخذ
ما وجد في العمران والصحيح انه لا فرق فان اذن له اي للملتقط الحاكم في النفقة على اللقطة كان دينا على
صاحبها فيأخذه لو احضرها لان امر القاضي كامر المالك لعموم ولاية النظر والرواية محفوظة

انه انما ترجع اذا شرط القاضي الرجوع هو الصحيح لكن المص اطلق الاذن هنا لعله اكتفى بما ذكر في
المبسوط ولان يحفظها منه حتى ياخذ النفقة والا اى وان لم ياذن القاضي بالانفاق كان الملتقط في
الانفاق متبرعا لقصور ولايته على المالك وفي الاصل شرط اقامة الملتقط البينة على كونه لقطة
عنده وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة
فلا بد من البينة لكشف الحال ولا يامر بالبيع ايضا لان الغاصب لو باع المغصوب بامر القاضي يبرأ
عن الضمان وان قال لا بينة لي يقول القاضي انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت ترجع على المالك ولا
ترجع ان كنت غاصبا ويؤجرها الحاكم ان كان لها اى للقطة منفعة وانفق عليها من الاجرة ان كان لها
اى للقطة منفعة لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه والا اى وان لم يكن لها منفعة
باعها ان كان بيعها اصلح امر به وحفظ الحاكم ثمنها لان ابقاء ثمنها كابقاء عينها بخلاف الآبق المردود
الى القاضي حيث لا يؤجره لانه غير امين من اباقه ثانيا وان رأى الحاكم الانفاق مدة قصيرة كيومين
او ثلثة بقدر ما يراه الحاكم اصلح امر به الحاكم الملتقط بالانفاق وجعلها اى النفقة دينا على المالك
رجاء ان يظهر مالكها وان لم يظهر يبيعها ويحفظ ثمنها لان النفقة في مكثها يستغرق قيمتها فيتضرر
صاحبها فيحبسها الملتقط اللقطة عن المالك لو احضر ليستوفيها اى ليقبض نفقتها فلو هلكت
اللقطة بعد الحبس والمنع يسقط النفقة لانه بالمنع اشبه الرهن ولو هلكت قبله لا يسقط واذا ادعى
رجل اللقطة بانها له لم يدفع اليه بلا بينة فاذا دفعها بلا بينة وجاء آخر فاقام بينة انها له ان شاء
ضمن الآخذ وان شاء ضمن الدافع ولا يرجع القابض على الدافع هذا اذا دفعها بغير قضاء
القاضي وان دفعها به لا يضمن لانه مجبور فيرجع على القابض لا غير كذا في الاختيار وفي الدفع
بالبينة الصحيح انه لا ياخذ كفيلا من مدعي اللقطة وصدقه الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل
بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فان المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط
انه هو المالك كان اقراره ملزما اياه بالدفع بخلاف المودع فانه مالك ظاهرا ويحل له اى للملتقط دفعها
بذكر علامة كذكر عدد الدراهم ووزنها ووصفها وياخذ كفيلا لان اصابة العلامة يحتمله و
نحن لا نجبر على الدفع بذكر العلامة وقال الشافعي رحمه الله يجبر وهو قول مالك ولهما رحمهما الله لقوله
عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها ووعاءها ووكاءها وعددها فادفعها اليه
ولنا انه مدع الآخر فيه غير محتاج الى البينة لقوله عليه السلام للمدعي البينة فيحمل الامر بالدفع على الاباحة
جمعا بين الحديثين ونحن نسوي بين لقطة الحل والحرم فيكون لقطة مملوكة لو لم يوجد صاحبها

لقطة الحل وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بل يجب تعريف لقطته الى ان يجيء صاحبها وهو قول احمد رحمه الله
لقوله عليه السلام في ذكر اوصاف الحرم المختصة به لا يحل لقطتها الا لمنشد للدوام طالبها وهو المالك
ولنا قوله عليه السلام عرفها سنة ثم استنفقها بلا فصل بين لقطة الحل والحرم والمراد من المنشد عندنا المعرف بقرينة
حديث آخر لا يلتقط لقطته الا من عرفها

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخنث وهو التكسر سمي به لانه نقص حاله عن حال الرجال وزاد على النساء بان يجمع آلتين
وذكر في تتمة الفتاوى الخنثى هو الذي له فرج وذكر او ليس له فرج ولا ذكر ويخرج الحدث من دبره
او من سرته لو كان للمولود فرج اى فبال من احدهما فان بال من الذكر فهو ذكر وان بال من الفرج فهو انثى
ان سبق اعتبر به فان سبق ظهور البول وخروجه من الذكر فهو ذكر وان سبق الظهور والخروج من الفرج
فهو انثى لانه عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان كلا منهما يدل على ذكا العضو
ولان البول دليل على العضو الذي يخرج منه هو العضو الصحيح والاخر عيب فينسب الى الصحيح
وان كانا اى العضوان يستويان في خروج البول منهما معا فهو مشكل عند ابي حنيفة رحمه الله استشناعا للحكم
حتى قال لا علم لي به واعتبراه بالاكثر وقالا اى المخرجين اكثر بولا من خروجه يكون معتبرا لان كثرة
بوله تدل على قوة ذلك العضو واصالته وحكي ان ابا حنيفة قال لابي يوسف هل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواني
فتوقف ابو يوسف في الجواب تادبا عن استاذه ويحتمل ان يكون من حكايات الجهلة وله ان الكثرة
لا تدل على القوة لجواز ان يكون لضيق مخرج احدهما وسعة الاخرى ان كان في السبق والقدر
سواء فهو خنثى مشكل بالاجماع لعدم وجود المرجح هذا كله قبل البلوغ فاذا بلغ فظهرت له امارات الرجال
كاللحية ووطء النساء او ظهر امارات النساء كالثدي والحيض وامكان الوصول اليه من فرجه اعتبر بها
وان لم تظهر او تعارضت العلامات بان يكون له لحية وثدي كان مشكلا فيؤخذ بالاحوط فيقدم
على صف النساء ويؤخر عن صف الرجال فان صلى الخنثى صلوته معهن اى مع النساء اعاد صلوته
لاحتمال كونه رجلا او صلى صلوته مع الرجال اعاد رجل صلوته الذي صلى عن جانبيه يمينه وشماله
وخلفه بحذائه لاحتمال كونه امراة ويصلي بقناع وهو المستحب ويقعد في صلوته كما تقعد النساء
في النوافل ويجتنب لبس الحرير والحلي على النساء للاحتياط كونه رجلا هذا اذا كان الخنثى يشتهي اما
اذا كان لا يشتهي جاز للرجال والنساء ويختنه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه قال يزوج الامام ختانه ولا يقتل
الخنثى بالردة ويحد في القذف ويقطع في السرقة ولا يحد قاذفه ولا قصاص في اطرافه وفي قتل الخطاء
قول القاتل عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب نصف دية الرجل ونصف دية المراة كذا في الاختيار ولا يخلو بغير محرم

رجلا كان او امراة ولا يسافر الا مع ذي رحم محرم وتختنه امة تشترى من ماله والا
اى وان لم يكن له مال فمن بيت المال اى تشترى امة تختنه من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين ثم
تباع تلك الامة بعد ما ختنته ويرد ثمنها الى بيت المال قوله ومن مات عن ابن وخنثى فهو انثى في حق الميراث يريد
انه قليل الحظ بالنسبة الى الذكر لان نصيب الخنثى عنده اقل النصيبين اى ينظر الى نصيب ذكر والى
نصيب انثى فاى منهما اقل اخذ ذلك ففي هذه الصورة على تقدير الذكورة يكون اقل فلو ذكر فان ترك
زوجا وجدة واخا لاب وام وخنثى فعلى تقدير الانوثة له ثلاثة من سبعة فتعول الى السبعة وعلى تقدير
الذكورة فله اثنان من ستة لكونه عصبة فله ذلك لانه اقل من ذلك لان الثلث اقل من ثلاثة اسباع
لان ثلث السبعة اثنان وثلث واحد فاذا ماتت المراة عن زوج وابوين وولد خنثى فالمال بينهم على
اثنى عشر سهما للزوج الربع وللابوين لكل واحد منهما السدس والباقي وهو خمسة للخنثى لانه الاقل
ولو كانت انثى لكان لها ستة اسهم فكان الخمسة وتعول المسألة الى ثلثة عشر ولو ماتت المراة
عن زوج واخ لام وخنثى لاب وام فاصل المسألة من ستة للزوج النصف وللاخ لام السدس
والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين واما اذا ماتت المراة عن زوج واخت لاب وام وخنثى لاب فاصل
المسألة من اثنين للزوج النصف وللاخت النصف ولا شيء للخنثى بالاجماع لان الخنثى متى ورث
في حال دون حال لا يرث بالشك كذا في الاختيار فللخنثى مع الابن نصيب الانثى عند ابي حنيفة رح وله
للذكر مثل حظ الانثيين لان الاقل متيقن وقالا نصف ميراث ذكر وانثى وهو قول الشعبي
عملا بالدليلين واتفقا عليه لكن في التخريج مختلفان فيعطيه ابو يوسف رحمه الله الخنثى ثلثة اسهم
من سبعة فيجعل المال سبعة اسهم سهم للخنثى وثلثة ارباع للابن لان الخنثى ابن في حال وبنت
في حال وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون للخنثى ثلثة ارباع ابن فكانه اجتمع ابن
وثلثة ارباع ابن فاذا جعل كل ربع سهما يكون للابن اربعة اسهم وللخنثى ثلثة اسهم فالخمسة من اثنى عشر نصيبه
لقول محمد رحمه الله فانه قال يجعل المال اثنى عشر سهما خمسة منها للخنثى لانه اذا كان ذكرا فالمال بينهما نصفان
واذا كان انثى فالمال بينهما اثلاثا فيعطيه نصف كل حال وللابن كذلك فاحتجنا الى حساب تقسيم نصف
ونصفان واقل ذلك اثنى عشر فللخنثى نصف ستة ونصف اربعة فيكون خمسة وللابن نصف
ثمانية ونصف ستة فيكون سبعة فيكون نصيب الخنثى على تخريج ابي يوسف رحمه الله اكثر من
نصيبه على تخريج محمد رحمه الله لان ثلثة من سبعة اكثر من خمسة من اثنى عشر لانا لو زدنا نصف سبع
على ثلثة اسباع يصير نصف المال والخمسة لا يصير نصف المال وطريق اخر انه يقول لو كان ذكرا

كان للمسألة من اثنين ولو كانت انثى كانت المسألة من ثلثة فاضرب احد المسألتين في الاخرى
فيصير ستة فاقسم النصف بينهم للذكر مثل حظ الانثيين واقسم الباقي بينهما نصفين فما
حتى يخرج الكسر فيصير اثنى عشر ثم اقسم النصف بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
فيحصل له سهمان وللابن اربعة ثم اقسم الباقي بينهما نصفين فيحصل له ثلثة فيصير خمسة وللابن
ثلثة فيصير سبعة فاذا اردت ان التخريجين انفع فاضرب احدى المسألتين في الاخرى وهي سبعة
واثنى عشر يصير اربعة وثمانين فاقسمها مرة على تخريج محمد فيصير خمسة وثلثين واقسمها مرة
على تخريج ابي يوسف رحمه الله فيصير ستة وثلثين فتعلم ان على تخريج ابي يوسف رحمه الله يعطى له سهم زائد
على خمسة وثلثين والتخريجان كلاهما عن ابي حنيفة لان محمدا انما اخذ التخريج الخ فاذا مات
الخنثى قبل ان يستبين حاله تيمم على بناء المجهول من باب التفعيل اى جعل ذا تيمم لتعذر غسل الرجل
او المراة يقال تمت المريض فتيمم لو كان محرما من الخنثى فبدون الخرقة وان لم يكن فبالخرقة
وانما لا يشترى له جارية تغسله لان الجارية لا يكون مملوكة له بعد الموت لو كانت لجاز غسل
الجارية سيدها اذا لم يكن خنثى وكان هذا اولى من غسل الرجل ويكفن الخنثى بخمسة اثواب كالمراة احتياطا
في اقامة السنة والله اعلم

كتاب المفقود

وهو غائب لم يدر موضعه تقول فقدت الشيء اذا ضللته وفقدته اى طلبته وكلا المعنيين
متحقق في الشرع هو غائب لم يدر موضعه وقد ضل عن اهله وهم في طلبه لو اجهل مكان المفقود
ولم يعلم حيوته ومماته نصب القاضي من يحفظ ماله لانه ناظر لكل عاجز عن نظر نفسه والمفقود
بهذه الصفة فصار كالصبي والمجنون ويستوفي حقوقه اى غلاته وديونه التي اقر بها غرماؤه
لانه من باب الحفظ وكذا امر القاضي يؤدي من الدين من ماله الذي من جنس ما عليه اذا علم القاضي
وجوبه ولا يطالب حقوقه من العقار والعروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض
من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة اتفاقا وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك لو نصب
القاضي من ينصب وكيلا عن الغائب للخصومة له او عليه خلافا للشافعي رحمه الله ولو فعل القاضي وحكم
نفذ اتفاقا لانه قضاء في مجتهد فيه كما لو حكم بشهادة المحدود في قذف وينفق القاضي اى يحكم بالنفقة
من ماله الذي هو النقدان والموزون والمكيل والعروض فلا يباع بالنفقة الا عند ابي حنيفة رحمه الله
فانه يجوز للاب بيع عروضه لنفقته نفقته على من يجب عليه نفقته في حال حضوره اى الغائب بغير قضاء القاضي
كزوجته ووالديه واولاده الصغار والكبار الزمنى حتى لو تمكنوا من ماله بالاخذ لهم ان ياخذوه لنفقتهم

ولا ينفق القاضي من مال المفقود على الاخ والاخت والخال والخالة لانه لا يجب نفقتهم عليه حال حضوره
الا بقضاء القاضي ولان نفقتهم محتاجة الى القضاء على الغايب وهو غير جايز كما مر لان القضاء يقطع
الخصومة وهي غير متصورة من الغايب هذا انما يجوز اذا كان مال المفقود في يد القاضي او كان دينا
او وديعة واقر المديون والمودع بذلك وبالنكاح او النسب اما اذا كانا منكرين فلا ينفق عليهم
ولا يقبل احد ممن يستحق النفقة ان يثبت النكاح والنسب بالبينة لانه دعوى على الغايب ويبيع منه
الوكيل من ماله ما يخاف هلاكه لتعذر حفظه بصورته فيحفظ بمعناه وهو الثمن ولا يباع ما لا يخاف
هلاكه فاذا مضت مدة لا يعيش مثله اليها بان مات جميع اقرانه في تلك المدة في بلده حتى لو بقي
واحد منهم لا يحكم بموته حكم بموته لان عيش انسان بعد موت جميع اقرانه نادر وهذا هو ظاهر
الرواية وهو الاقيس على قول ابي حنيفة رحمه الله لاختلاف الاعمار باختلاف الازمان ولم يرد النص في
القدر وهو قول الشافعي ولمحمد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهم الله انها مقدرة بمائة وعشرين سنة من
وقت ولادته لانه نهاية اعمارنا وعن ابي يوسف مائة سنة وهو رواية عن محمد ايضا وقيل مقدرة بتسعين
سنة لانه غاية اعمار زماننا وهو المختار الارفق بالناس قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى لانه
اقل المقادير وهو تخصيص لاقران حرج وقدر بعضهم بسبعين سنة وبعضهم بستين سنة وقال
بعضهم مفوض الى راي القاضي كذا في ينابيع واعتدت زوجته وقسمت تركته واعتبار انه فيمن
لم يموتوا ارباعوا كم وقال مالك رحمه الله اذا مضت على امراة المفقود اربع سنين يفرق القاضي
ان سالت المراة ذلك وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت قال في العيون وعند مالك والشافعي
في قول ولمحمد في رواية بعد اربع سنين واربعة اشهر ثم تعتد واعتبار انه في لم يقطعوا نكاح
الزوج الاول بدخول الثاني وقال مالك يقطع فان جاء الزوج الاول قبل دخول الثاني فهو احق
وان جاء بعده فلا سبيل له عليها لنا ان عمر رضي الله عنه قضى هكذا وقصته على ما ذكر في المبسوط
عن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال لقيت المفقود فحدثني حديثا قال كنت جريا في اهلي ثم
خرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوني قريبا من المدينة فقال
فقالوا اتعرف النخل قلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر رضي الله عنه ابن الخطاب ابان امراتي بعد اربع سنين
وحاضت وانقضت عدتها فتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر وفي الحديث
دليل لمذهب اهل السنة والجماعة في ان الجن قد يتسلط على بني آدم واهل الزيغ ينكرون ذلك
ولنا قوله عليه السلام قال في امراة المفقود هي امراته حتى ياتيها البيان رواه المغيرة بن شعبة رضي الله عنه

وعن علي رضي الله عنه ان امراة ابتليت به قال فلتصبر حتى ياتي البيان من موت او طلاق وروى عبد الرحمن
بن ابي ليلى ان عليا كان يفرق بينه وبين امراته اذا مضت اربع سنين ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه
غاب عن زوجته البكر سنين فتزوجت وجاءت باولاد او سبيت امراة فتزوجها حربي وانت باولاد
او ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت باخر فولدت الولد عند الامام للاول لقيام الاول او ادعاه الثاني
لاقل من ستة اشهر او سنتين وللزوج الثاني ان يدفع اليه الزكوة وتقبل شهادتهم له وروى عبد
الكريم الجرجاني ان الاولاد للثاني وبه قال ابن ابي ليلى وبه افتى الصدر لان الثبوت من الاول قبيح كذا
في البزازية وقال الامام ظهير الدين الفتوى على الاول لان الولد للفراش بالنص ولو كان الاول صاحب
والمسئلة بحالها فالولد للاول كذا في البزازية ويجعل المفقود حيا في حق ماله فلا يورث عنه احد لكن
ورثته لو اقروا بموته في ايديهم ماله قسم القاضي ولا يعتبر اقرارهم في دينه ووديعته كما اذا جحد الغريم والمودع
موته لانهم يدعون النقض والانتزاع من ايديهما فلا يقبل الا بالبينة كذا في المحيط وتجعل ميتا في مال
غيره فلا ترث عن احد لكن يوقف نصيبه ذلك الى تيقن حاله كذا في النهاية لان كونه وارثا مشكوك فيه
كون حيوته مشكوكا فيه لان الحكم بحياته بناء على استصحاب الحال وانه يصلح للدفع لا للاستحقاق فتورث الوارث
المتيقن اولى وكذا لو اوصى رجل للمفقود بشيء فاني لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حاله لان
الوصية اخت الميراث ففي الميراث يحبس نصيبه الى ان يظهر فكذا في هذا كذا في الذخيرة

كتاب الاباق

هو التمرد من العبد ندب اخذه لمن قوي عليه فهو مخير ان شاء دفعه الى الامام فيحبسه لانه لا يؤمن على اباقه ثانيا
لانه لا يقدر على حفظه عادة هذا اختيار شمس الائمة السرخسي وان شاء حفظه بنفسه الى ان يصل الى المالك فرده
اليه هذا اختاره شمس الائمة الحلواني رحمه الله فله جزاء الاحسان وهو الجعل ثم قيل اخذ الآبق افضل
من تركه لانه يختفي من مولاه ولانه احياء مال ووسعه اي تركه ايضا صيانة لنفسه عن التزام المؤنة وكذلك
الضال وهو من ضل عن طريق منزل مولاه من غير قصد الاباق وقيل تركه افضل لانه لا يبرح عن
مكانه فيجده مالكه بخلاف الآبق ولو اتى بالآبق من مسيرة السفر فصاعدا من اشهد عليه اي على
الآبق انه اخذه ليرده وجب الجعل بضم الجيم وهو الاجرة للعامل على عمل اربعون درهما شرعيا
بقوله لانه يستحق رحمه الله استحسانا والقياس لا يكون له شيء الا بالشرط كما في العبد الضال الا انه يجب
باتفاق الصحابة رضي الله عنهم على وجوبه لان في ايجابه صيانة اموال الناس لانه عامل للرد وهذا
ليس على الاطلاق فان الابن لو رد عبد ابيه لا جعل له لان خدمته واجبة وكذا احد الزوجين لو رد
عبد الاخر لان كلا منهما يحفظ مال صاحبه عادة كذا في الكافي واما الاب لو رد عبد ابنه فان كان الاب

في عياله فلا جعل وللاقل الجعل وفيما دونها اي دون مدة السفر بحسابه فاذا رده من نصف مسيرة سفر
يجب عليه عشرون درهما وفي النوادر يرضخ اي يعطي شيء قليل بطيب قلبه ان اصطلحا او يفوض الى
راي القاضي وقيل يقسم الاربعين على الايام الثلثة فيكون بازاء كل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم ولو ا
وجد في المصر او خارجه ورده يرضخ كذا في الاصل وعن ابي حنيفة رحمه الله لا شيء له في المصر كذا في المجرد
ولو وجد اكثر من مسيرة السفر لا يزاد عليه لان الزيادة على المقدار الثابت شرعا بالراي غير جائز
حتى لو صالحه على اكثر من اربعين يطرح الفضل كيلا يكون ربوا كما لو صالحه من اربعين درهما على
خمسين درهما ولو قال المولى ارسلته في حاجتي ولم يبق فالقول له فلا جعل له الا ان يقيم الراد
بينة على ان المولى اقر به كذا في المحيط وفي الذخيرة لو قال لآخر عبدي ابق ان وجدته فخذه فقال نعم
فلو وجده ورده فلا جعل له لانه استعان منه وقد وعده الاعانة فوفاه بوعده ويحتمل لانوعه
اي وجوب الجعل على الراد اي شرط المولى للراد سواء رده عن مسيرة سفر او فيما دونها وقال الشافعي
جعل الابق يتوقف على شرط المولى قياسا على الضال لان الراد لو عمل لغيره من غير عقد وشرط كان
متبرعا كما لو رد العبد الضال وعند مالك عليه اجر المثل بلا سفر او خارج مصر وعند احمد دينار اثنا عشر
درهما وعنه لو جاء به من المصر عشرة وكذا خارجا اربعون درهما كذا في العيون ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم
اتفقوا على وجوب الجعل منهم من اوجب اربعين درهما ومنهم من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة
السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل
قول من افتى بالاقل على ما ورد فيما دون مسيرة السفر وقول من افتى بالاربعين على ما اذا رده من مسيرة
السفر ولان ايجاب الجعل حامل على الرد لو الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير انما يكون
بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع فبقي على اصل القياس ولو كانت قيمته اي قيمة الابق اقل منه
اي اربعين درهما وقد رده من مسيرة سفر حكم به محمد رحمه الله بقيمة الابق الا درهما فان كان قيمته عشرين
درهما فيحكم على المولى باعطاء تسعة عشر درهما فيبقى له درهم وبه امر ابو يوسف رحمه الله بالجعل كاملا اي
باربعين درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولمحمد رحمه الله ان المقصود من ايجاب الجعل
احياء حقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب اربعين درهما لا يساويه فوجب ان ينقص منها درهم
ليحصل شيء من النظر للمالك ولو ابق منه العبد من الذي اخذه للرد مع الاشهاد فلا شيء عليه من
الضمان لان الابق كان في يده امانة فاذا استعمله الراد الابق في الطريق في حاجة نفسه ثم ابق منه
يضمن كذا في القنية فلا جعل له اي للآخذ على المولى لانه في معنى البائع من المولى فهلك المبيع قبل تسليمه

الى المشتري ولهذا كان للآخذ ان يحبس الابق من المولى لاستيفاء الجعل فان اخذ ابقا فجاء به من
مسيرة ثلثة ايام وادخل المصر ففر منه ثم اخذه آخر دون ثلثة ايام فجاء به لم يكن لكل واحد منهما جعل ولو
جاء به الثاني من مسيرة سفر وجب الجعل ولو اخذ ابقا من مسيرة سفر وجاء به يوما ثم ابق منه العبد وسار
يوما نحو البلد الذي فيه المولى وهو لا يريد الرجوع الى المولى ثم اخذه ذلك الرجل ثانيا وجاء به الى المولى
لجعل اليوم الثالث هو الاول وهو ثلث الجعل ولو كان العبد ابق من الذي اخذه ثم وجده مولاه و
اخذه او ابق من الاخذ ورجع الى مولاه فلا جعل للذي اخذه كذا في البزازية ولو رده اي الابق ابن المالك
فمات المالك والحال انه هو اي المالك مورثه اي مورث الراد قبل قبضه بطل اي بطل الجعل فلا جعل له
وقالا له الجعل من التركة لان الوجوب مضاف الى العمل واثر التسليم في باب العقود في تاكيد البدل لا في
ايجابه وهنا التسليم فات في حصته لا في حصة وارث آخر فصار كما لو صبغ ثوبا للمورث ثم مات قبل التسليم
لا يسقط الاجر في حصة شريكه لان الشريك لم يتمكن في العمل وانما تمكنت في التسليم وذلك لا يسقط الاجر
وله ان وجوب الجعل مضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك العبد قبل التسليم لا يجب الجعل اتفاقا
وفي وقت التسليم صار العبد مشتركا بينه وبين وارث اخر فصار عاملا فيما هو شريك فيه فلا يستحق الاجر
كما لو اخذه والمورث ميت فظهر مما ذكر لو كان الوارث هو الراد وحده لا جعل له اتفاقا كذا في المحيط و
جعل المدبر وام الولد لا المكاتب كالقن في وجوب الجعل وللراد من مسيرة سفر اربعون درهما وما
دونها بحسابه على ما سبق لانهما مملوكان يدا وماليتهما باعتبار الكسب باقية فالرد احياهما واما المكاتب
فلا يد لمولاه عليه فلا جعل لراده والمولى لم يستفد برقه فلا يجب حقه به الا بدل الكتابة فيكون بمنزلة
رد غريم له عليه دين هذا اذا كان المولى حيا ولو رده ميتا لا جعل له لانهما حران حي وحكمه في النفقة في
في التبرع واذن القاضي وجعله بعد الرد كاللقطة

كتاب احياء الموات

وهي الارض المنتفعة من الانتفاع لما لغلبة الماء عليها او لانقطاعه عنها او لكونها جرية او سبخة او غير
ذلك من الاسباب المانعة من الزراعة سميت مواتا تشبيها بالميتة الغير المنتفعة والمراد من احيائها انما
والاصلاح للزراعة اذا احياه مسلم او ذمي ارضا لا ينتفع بها بما ذكر وليست بمملوكة لمسلم او ذمي في
ما ذكر في الاصل وهو الصحيح فمتى عرفها كانها ردت اليه وضمن زراعها نقصان الارض وعن ابي يوسف رحمه الله
هي التي فتح الامام بلدة عنوة ولم يقسم اراضيها بين الغانمين وتركها مهملة او قسم البعض ولم يقسم البعض
فما لم يقسمها يكون مواتا وهو اي الحال انه بعيد من القرية بحيث اذا صاح من اقصى العامر اي منتهى المعمورة بجهة
المعمور كما يقال هادي في اي مدفوق لا يسمع بها اي في تلك الارض ولا يجوز احياء ما قرب من العامر يترك مرعى
لاهل القرية

ومطرحا لحصايدهم لتحقق الحاجة اليها حقيقة او دلالة كذا في النوازل ملكها مسلما كان او ذميا لقوله لم يكن
معتبرة ولا فناء اهل قرية وليس للامام ان يخرج ما من يده وعليه عشره لو كان ما يقرب منها عشرية كما قال به
ابو يوسف رحمه الله هو الصحيح او يسقى بماء العشر كما قال به محمد رحمه الله وعليه خراجها ان كانت بخلافه لما ذكر لقوله
عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولقوله الامام شرط التمليك بها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو احياها بغير
اذنه لا يملكها وقالا ليس بشرط فيملكها بدون اذنه لانها كانت مباحة وقد سبقت ايدها بالخصوص فيملكها
كما في الحطب والصيد وله ان الارض مسوحة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بها بدون
اذن الامام كسائر الغنائم ومن حجر ارضا اي وضع الاحجار حولها او المراد نصب علامات في حدودها منعا
لغيره عن احيائها كاحراق ما فيها من الشوك وغرز الاغصان حولها او وسمها او حوطها بحيث يعصم
الماء يكون احياء لانه كالبناء وكرب الارض ليس باحياء الا ان يبذر فيها وحفر البئر لا يكون احياء
اذا بلغ الماء كذا في المحيط واهملها ولم يعمرها ثلث سنين دفعت الى غيره لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحجر بعد
ثلث سنين حق واما لو احياها غيره قبل انقضاء هذه المدة ملكها لان الاول كان مستحقا من جهة التعلق
لا من جهة التمليك كما في السوم على سوم غيره وفي الرواية اذا احيا قبل ثلث سنين لا يملكها فله ان ينزعها
وبعد يملكها واصل هذا اذا عجز المالك عن الزراعة فللامام ان ياخذها ويدفعها الى غيره مزارعة ليقوم عليها
مقام المالك وياخذ من الخراج او العشر ولو باعها الامام او اجرها جاز والثمن والاجرة لصاحب الارض لكن
ياخذ الامام ذلك الخراج منه اي من الثمن او من الاجرة وهولاء لا يملكون البيع لانهم قاموا مقام الملاك في الزراعة
فاعطاء الخراج لا غيرهم وهم مستاجرون فيلحق جواز البيع قولهما الا قول لابي حنيفة رحمه الله وقيل قول الكل وهو
الصحيح وفي الزيادات لو ان قوما عجزوا عن عمارة الارض ولم يكن عندهم ما يؤدون به الخراج لم يكن للامام ان
ياخذوا الاراضي منهم ويدفعها الى غيرهم على سبيل التمليك لما فيه من ابطال ملكهم ولكن يدفعها مزارعة او
وياخذ من نصيب الرعية ويحفظ الباقي لرب الارض والمدفوع لا يملك بيع هذه الاراضي وان
لم يجد الامام من يعمل بالخراج يبيعها لمن يملكون الاراضي وقيل شرى الامام ثيرانا وادوات الزراعة
ويدفعها الى الناس فيزرعها واذا حصلت الغلة اخذ منها الخراج وما ينفق عليها ويحفظ الباقي لرب
الارض وقال ابو يوسف رحمه الله يقرض الامام من بيت المال مقدار ما يشتري الثيران والادوات
وياخذ منه ثقة ويكتب عليها ليزرعها فاذا حضرت الغلة اخذ منها الخراج ومقدار ما اقرضه من
بيت المال وان اراد السلطان ان يشتريها بنفسه يبيعها من غيره ثم اشترى منه فيكون اوثق وابعد
من التهمة وحريم البئر الناضح التي حفرت في البرية او في ارض موات وهو اسم البعير الذي يستقي

عليه الماء ثم استعير لها اربعين ذراعا من كل جانب اذا حفر موات ارض البئر عند ابي حنيفة رحمه الله كالعطن
وهو الذي يستقي بيده فيبرك الابل حولها ليسقي الماء وقد كان حريمها اربعين ذراعا بالاجماع
وقالا ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم بئر العطن اربعين ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيها الى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشاء ولو احتاج الى سبعين مد الحبل
البكارات لمد الحبل لانه يملكه وذكر في النوازل عن محمد رحمه الله ان حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان
او اكثر وقوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الحديثان
اخذ بالاقل لتيقنه هذا الفائم بزيادة على اربعين الما اذا كان يزاد عليها في الحريم ومن حفر بئرا
في برية او في ارض موات فله حريمها بقدر الحاجة ويقدر الحريم في العين خمسمائة من كل جانب لما روي انه
حريم العين خمسمائة من كل جانب فيمنع غيره من الحفر اي من البئر في اي في الحريم لاحتمال ان ينقص
ماء البئر الاول بالحفر الثاني ولو حفر فيها وراء الحريم فذهب ماء الاول لا شيء عليه ويلحق بما اي وضع
من ميل دجلة امتنع عوده دجلة قد عدلت عنه وتركت مكانها الى مكان اخر فامتنع عودها
فيها وهي نهر الكوفة والفرات اليه متعلق بامتنع اي امتنع عوده الى المكان الذي جرى فيها
او لا يكون ذلك المكان بالموات متعلق بيلحق فيكون ذلك الموضع مواتا لان نهر الماء فات عنه
وصار في يد الامام فيكون ملكا للاحياء باذنه قال في الينابيع يريد به ارضا تستقي من دجلة
او الفرات فعدلا عنها فلا يجوز عوده فتركها الملاك او ماتوا ولم يبق منهم احد هذا لخالف لما ذكر
والهداية لو لم يكن حريما لعامر تابعا لمكان معمور ولا ان جاز عوده اي عود ماء النهر الى مكانه الاول
لم يجز احياؤه لان حق المسلمين قايم فيه لجواز العود وكونه نهرا لهم والنهر الذي يكون في ملك الغير
لا حريم له عند ابي حنيفة رحمه الله الا ببينة بان يقيم بينة على ثبوت الحريم له وقالا له حريم بقدر القاء الطين
ونحوه اي طين النهر عليه لان النهر انما ينتفع بالحريم لاحتياج صاحبه الى المشي في جنبيه لتسييله فصار
كالبئر وله ان الحريم ثبت في البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده وكذا الخلاف لو حفر في
ارض موات كذا في المحيط هذا الخلاف فيما اذا كان النهر كبيرا لا يحتاج الى كريه في كل زمان واما الانهار
الصغار التي يحتاج الى كريها في كل حين فلها حريم بالاتفاق كذا في الكفاية وقيل هذا بالاتفاق
قال المحققون من اصحابنا للنهر حريم بقدر ما يحتاج اليه بالقاء الطين ونحوه لضرورة كذا في المحيط
وفي رواية يقدره ابو يوسف رحمه الله الحريم بنصف عرض النهر من جانبيه لان طينه يلقى من جانبيه
فتقسم عرضه عليهما وقدره محمد رحمه الله الحريم بكله اي بكل عرضه من كل جانب لانه قد يمكنه القاء الطين

من احد جانبيه جميعا فيقدر عرضه من جانب   وهو النصيب من الماء للاراضي
قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ويجوز قسمة الماء بين الشركاء باعتبار ثبوت الحق كقسمة الغنائم
ويجوز دعوى الشرب بغير ارض لجواز ان يكون حقه في الشرب فقط بان باع الارض وبقي شربها حقا له
وكان القياس ان لا يجوز لان اعلام المدعى في الدعوى شرط صحة الدعوى والشرب مجهول لا يقبل
للاعلام ولكن جاز استحسانا ولو اقام بينة على ذلك تقبل ويورث الشرب لانه حق مالي كالقصاص ويوصى
لمنفعته لان الوصية اخت الميراث فيجوز ايصاؤه كالارث لا برقبته فلا يوصى بتصدق الشرب
من فلان لانه   وصيته باطلة ايضا لان ما لا يجوز تمليكه حال حيوته لا يجوز تمليكه بعد وفاته ولا
يباع ولا يوهب ولا يتصدق لاشتماله على الجهالة الفاحشة وامتناع قبضه مع انه غير متقوم حتى لو تلف
بغيره لا يضمن ولا يصلح مهرا ويجب مهر المثل ولا بدلا في الخلع ولا بدلا في الصلح عن دعوى المال
ولا في القصاص ويسقط القصاص ويجب الدية ويشترك الناس في ماء الاودية والانهار العظام
في الشفة وسقي الاراضي بان يحيي مواتا ويسقي نهرا يسقيها او نصب الرحية بان يسوق منها ساقية
لينصب عليها رحى ودالية وكل منها جائز ان لم يضر بالعامة ودفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يكسر
ضفته فيميل الماء الى جانبها فتتفرق الاراضي والقرى وتشترك الناس في حق الشفة في النهر
الخاص بالقرية فيجوز لاهل غيره لاشتراكهم في ذلك الماء بالشرب منه والسقي الدواب واخذ
الوضوء وغسل الثياب وغيره لشرع الحاجة لقوله عليه السلام الناس شركاء في الماء والنار والكلاء
والمسلم والذمي والبهايم فيه سواء وكذا ماء البئر مباح غير مملوك فلو منع احدهما يقاتل بلا سلاح
لانه فيه بقاء شبهة الشركة نظرا الى الاصل ولا يسقي ارضه ونخله من ذلك الماء الا باذنهم ولو اراد
ان يسقي شجرا اخضر في داره ليس له ان يمنع ذلك في الاصح كذا في النوازل والبئر والحوض فحكمها حكم
النهر الخاص وليس لاحد ان ياخذ شيئا للشفة ولغيره مما احرزه اي من ذلك الماء في جب ونحوه الا برضا
صاحبه لانه كان مباحا سبقت اليه يده بالاحراز فصار ملكه كما في الصيد حتى يجوز بيعه الا انه لا يقطع
في سرقته لشبهة الشركة نظرا الى الاصل اباحة وفي الذخيرة اذا ملأ عبد او صبي الكوز من ماء الحوض
واراق بعضه في الحوض لا يحل لاحد ان يشرب من ذلك الحوض لانه خلط ملكه بالماء المباح ولا يمكن
تمييزه وكذا لو جاء صبي الكوز من ماء مباح لا يحل لابويه ان يشربا منه لو كانا غنيين لان الماء
صار مملوكا له فلا يحل لهما الاكل من ماله بغير حاجة واذا كان البئر والعين في ملك رجل جاز له منع
غيره من دخول فان لم يجد المحتاج الى الماء غيره اي غير ذلك الماء المملوك بقربه اي من دخول الماء

٧٩

او اخرج اليه فان منعه اي مالك الماء الطالب وهو يخاف العطش على نفسه او مطيته قاتله اي الطالب
المالك بالسلاح لانه قصد اتلافه بالمنع وهو حق الشفة عنه لما روى ان قوما وردوا ماء فسألوا اهل
اهله ان يدلوهم على البئر فابوا وسألوهم ان يعطوهم دلوا فابوا فقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت
تنقطع فابوا ان يعطوهم فذكروا لعمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح ولانهم منع المضطر
عن حقهم لان حقهم ثابت في الشفة وفي الحرز في الاناء يقاتله بغير سلاح كعصا ونحوه لانه منع عما ملكه
حتى كان له تضمينه الا انه مامور ان يدفع اليه قدر حاجته فالمنع كان لغاية فيؤديه كما في اكل الطعام الغير
حالة المخمصة لانه منع المضطر عن حقه لا نحو ثابت في الشفة فالحاصل ان المياه انواع منها ماء
البحر فالانتفاع بها كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع الانتفاع به على اي وجه شاء ومنها
ماء الاودية والانهار العظام كجيحون وسيحون وامثالهما يجوز الانتفاع بالشرب على الاطلاق واما
السقي ان كان لا يضر بالعامة يجوز وان كان يضر لا يجوز ومنها انهار السواد يجوز منه الشرب على الاطلاق
فاذا اراد الرجل ان يسقي ارضه منه او احيى مواتا منه كان لاهل النهر ان يمنعوه اضر بهم او لا لانه خاص
حقهم ومنها ماء الحرز وقد عرفت حاله ويكري الانهار العظام من بيت المال لان منفعتها للعامة وبيت
المال معد لمنفعتهم وان لم يكن في بيت المال شيء اجبر الناس على كريها احياء لحقهم ودفعا للضرر عنهم
لكن يخرج الامام من يطيق العمل ويجعل مؤنتهم على المياسير الذي لا يطيقونه ويكري النهر المشترك
من الشركاء المملوكين مولهم فمن ابى منهم يجبر دفعا للضرر عن الشركاء وليس لاهل الشفة شيء
من الكري لانها شركة عامة ويجبر من يمتنع منهم فليس عليهم من الكري لان شركتهم عامة ولا يجبر
الامام كما لو امتنعوا عن عمارة اراضيهم ويجبر من يمنع منهم وقال بعض المشايخ لهم ان يجبروا الامام على
الكري اصحاب الشفة ومؤنة الكري اذا جاوز ارض رجل مرفوعة عنه عند ابي حنيفة رحمه الله والفتوى
على قوله كذا في الخانية وقالا الكري كله على كلهم مثلا اذا كان النهر مشتركا بين عشرة انفس فعلى كل واحد
منهم عشر مؤنة الكري فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كلهم من الباقين تسعا فاذا جاوزوا عن ارض
اخرى فعلى كل منهم ثمنا وعلى هذا القياس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على كل من الشركاء ان يعاون اول
الكري الى اخره لانهم متساوون في حق الشفة بدليل ان واحدا من الاسفل لو باع ارضه فلصاحب
الارض من اعلى النهر ان ياخذها بالشفعة فكذا متساوون في مؤنة الكري لان الغرم بالغنم وله ان
اهل الاعلى لا يحتاج في سقي ارضه الى كري الاسفل فلا يشاركه في مؤنته بخلاف اهل الاسفل لانهم
كانوا محتاجين الى كري الاعلى في سقائهم فشاركهم فيه فعلم ان مؤنة الكري تجب لحاجة سقي ارضه

للشركة بدليل ان من استغنى من سقي ارضه من ذلك النهر المشترك بان كان له ما من موضع
اخر لايجب عليه كرى النهر المشترك بخلاف النفقة لانها انما ثبتت بالاشتراك هذا الاختلاف في النهر
الخاص واما النهر العام الذي عليه قرى يشربون منها اذا اتفقوا على كريه فبلغ فوهة نهر قرية يرفع عنهم
مؤنة الكرى اتفاقا وعلى هذا الخلاف اذا احتاجوا الى اصلاح فم النهر واذا كان النهر واذا كان له
تجري اي يجري النهر في ارض غيره فليس لرب الارض منعه لان في منعه اضرار الناس واذا اختصموا في شرب
من نهر اشتركوا كان بينهم على قدر اراضيهم لان الحاجة اليه تختلف بقلة الاراضي وكثرتها فيقدر
بقدرها وليس للاعلى ان يسكر ويمنع في بعض المدة ليستوفي بعضا لو كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء
قليلا بحيث لا يمكنه سقي ارضه بحيث لا يمكنه سقي ارضه بتمامها الا به ثم لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا
عن الباقين في بعض المدة فيكون فيه منع حقهم الا بتراضيهم فان رضوا بكسره جاز لهم وكذا لو
اصطلحوا على ان يسكر كل منهم في نوبته لكن لا يسكر الا باللوح ولا يسكر بالطين والتراب لانه
يبكى النهر وفيه ضرر فان لم يسكر باللوح فبالتراب كذا في الاختيار وفي النوادر لو طلب اهل
الاعلى حقهم واهل السفل يمنعهم من احداث السكر فالقاضي يجعل الماء بينهم النوب فاهل الاعلى
يسكرون في نوبتهم بوضع اللوح ويحبسون به الماء فلا يشق احدهم منه نهرا ولا ينصب رحى فيه
كرحوا نيلة كسر الماء عن سمت ولا يتخذ جسرا ولا ان توسع فمه لان موضعه مشترك بينهم ويشغل
ملك الغير ببنائه غير مشروع لما فيه عن سمت الا ان تضرر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها في ملكه
خاص فيجوز لانه تصرف في ملكه من غير اضرار بالغير ولا يسوق شربه الى ارض ليس لها شرب لان
صاحبها يحتمل ان يدعي بتقادم العهد ان الحق في الشرب واخوانه يجوز اسقاط حقوقهم برضاهم

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة وهي الفلاحة والحراثة
ويسمى مخابرة مشتقة من خيبر فانه عليه السلام دفع خيبر امزارعة فسميت المزارعة مخابرة لذلك او
من الخبير وهو الاكار او الخبرة بالضم النصيب او من الخبار وهي الارض اللينة ويسمى المحاقلة
مشتقة من الحقل وهو الزرع اذا تشعب قبل ان يغلظ ساقه وقيل الحقل الارض الطيبة الخالصة
عن شائبة السبخ وهي في الشرع عقد على الزرع ببعض الخارج فينعقد عقد المزارعة اجارة ابتداء
وشركة انتهاء وهي اي المزارعة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله لانها في معنى الاجارة وكان القياس ان
لا يجوز وانما يجوز استحسانا في موضع كانت الاجرة معلومة والمنافع معلومة وهذا المعنى معدوم ههنا
فبقي على اصل القياس ولانه نهى عليه السلام عن المخابرة والمحاقلة وهي المزارعة والمحاقلة بيع الحنطة

في سنبلها بالبر وقيل والمخابرة المعاملة وعن عمر رضي الله عنه كنا نخابر ولا نرى بذلك باسا
حتى ذكر رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركنا من اجل قوله عليه السلام
ولانه استيجار الارض ببعض الخارج بعمله فهو بمنزلة قفيز الطحان وعن رافع بن خديج رضي الله عنه ان رسول الله صلعم
مر بحائط فاعجبه فقال لمن هي فقلت لي يا رسول الله استاجرته فقال عليه السلام لا يستاجره بشيء منه
والمزارعة استيجار الارض بشيء منه ولهذا يشترط لها بيان المدة عند الكل وبيان المدة يختص
بالاجارة لا بالشركات كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ثم عنده لو كان البذر من المزارع
فيغرم لرب الارض اجر مثلها وكان الخارج للمزارع يطيب له قدر بذره وقدر ما انفق وما غرم و
يتصدق بالباقي لانه من كسب خبيث لانه ربا في ملك غيره ولو كان البذر من الارض كان الخارج
له ويغرم للمزارع اجر مثل عمله والزرع كله يطيب له لانه حصل في ملكه كذا في الحقائق وقالا جائزة و
هو قول لهم لما روي انه عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها
عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة وكذلك لانه يقول معاملة اهل خيبر كان خراج
مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز ويختار للفتوى للاحتياج اليها لان صاحب الارض
قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد من يستاجره والقادر على العمل قد لا يجد ارضا ولا ما يعمل به
فدعت الحاجة الى جوازه وتعامل الناس بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا و
القياس يترك به كما في الاستصناع وانما صرح قولهما وان كان يفهم من اطلاق الجملة الاسمية لانه
لما عقب بلخيار الفتوى فذكره صريحا اوضح من ان يدل عليه التزاما ولو قال وهي باطلة وعليه
الفتوى يتبادر ان الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو خلاف الواقع ولم يستثن في الدباغة
لقلته بل اكتفى بالامثلة كما في الجملة الفعلية لما كان فعلا ماضيا مثل ما فسا فوركى تجيزه
اي المزارعة منفردة على ما عليه الفتوى من غير تبعية المساقاة ومن غير اتحاد العامل ومن غير
اتحاد العقد ومن غير عسر الافراد بالعمل ومن غير تخلل البياض بين ما يسقى عليه وقال الشافعي
انما تجوز المزارعة على الاراضي المتخللة بين النخل والكروم تبعا للمساقاة حتى لو قال ساقيتك و
زارعتك يصح عنده ولو قال زارعتك وساقيتك لا تصح وهو قول مالك الا ان الشافعي يقول
يشترط اتحاد العامل فيهما وبشرط عسر افراد الاراضي بالعمل فلو وقعت المزارعة
مغايرة للمساقاة يتعدد الصفقة بان يعقد للمزارعة ويعقد للمساقاة او تفاوت الجزء
المشروط من الزرع والثمر او بكثرة الاراضي المتخللة بحيث لا يعسر افرادها بالعمل لا تجوز عنده وجه اشتراط

التبيين ان الاصل فى هذا الباب هو المضاربة والمساقاة اشبه بالمضاربة لاشتراكهما فى الربح
دون الاصل فى المزارعة لو شرطت الشركة فى الربح دون البذر بان شرطا رفعه من الخارج
فانها تفسد فجعل المعاملة اصلا والمزارعة تبعا كالشرب فى بيع الارض ووقف المنقول تبعا
للعقار ولنا ما مر من دليل الجواز من غير نقل الشروط المذكورة ويشترط صلاحية الارض
للزراعة اجماعا حتى قال ابو حنيفة رحمه الله على قول من يجوزه لعمله لنفسه لا يوخذ فى هذه المسئلة
لان ما هو المقصود من الزرع انما يحصل به ويشترط اهلية العاقدين لان العقد انما يصح من اهله والتخلية
بينهما اى بين الارض وبين العامل حتى لو شرط فيها العمل لرب الارض يفسد لانعدام التخلية
والشركة فى الخارج على الشيوع فيما هو كان مقصودا فلو شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما
لا يجوز لان المقصود من الزرع هو الحب لا التبن فهذه ثمانية شروط معتبرة فى جواز المزارعة حتى
لو فات واحد منها تفسد المزارعة باشتراط قفزان معلومة بالعدد وكذا لو شرط ناحية
معلومة من الزرع لاحدهما وكذلك لو شرط لاحدهما شيئا معينا من الخارج وشرطا لاحدهما
دراهم معلومة لا يجوز لعدم ورود الاثر فيه وبرفع البذر اى باشتراط رفع البذر من الخارج
لصاحب البذر واقسام الباقى منهما وعلى الماذيانات جمع الماذيان وهو نهر اعظم من الجدول كذا
لانه يتولد منه انهار صغار وهو فارسى معرب وباشتراط ما على السواقى وهى الانهار الصغار
فتفسد المزارعة بهذا الشرط ايضا وهو ان يشترط ان ما ينبت على جوانب الانهار يكون لاحدهما
لاحتمال ان لا ينبت الا على اعتبة عن الموضع وكذا كل شرط يقطع الشركة فهو يفسدها ويشترط
بيان المدة لان المزارعة منعقدة على منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل وعلى منافع
العامل ان كان من قبل صاحب الارض والمدة معيار لها فلا بد من ذكرها قيل هذا فى بلد يمكن الزراعة
فى كل وقت اما اذا كان فى بلد فوقت المزارعة معلوم فيه فلا حاجة الى بيانها كذا فى النوازل قال
الفقيه هذا قول علمائنا الكوفيين لان مدة المزارعة متفاوتة عندهم وابتداؤها وانتهاؤها
مجهول متفاوتة واما فى بلادنا فوقت المزارعة معلوم فيجوز وان لم يوقت كما فى المعاملة وبه
نأخذ كذا فى الينابيع وجنس البذر ليصير الاجر معلوما لان الاجر جزء الخارج فلا بد من بيانه
ليعلم ان الاجر من اى خارج ولئن لم يبين فسدت المزارعة فاذا زرعها انقلبت جائزة كذا فى الفصول
وبيان من هو اى البذر عليه ليعلم ان المنفعة المعقود عليها منفعة الارض او منفعة العامل
وبيان نصيب من لا بذر له هذا هو الشرط الثامن فان كانت الارض والبذر لواحد والعمل

والبقر للآخر او الارض وحدها او العمل وحده من احدهما والباقى من الآخر جازت المزارعة
لان فى الصورة الاولى يقع الاستيجار على العمل والبقر آلته كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة
كان الاجر كله بازاء خياطته لا الابرة وفى الصورة الثانية يقع الاستيجار على الارض ببعض
الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وفى الصورة الثالثة يقع الاستيجار على العمل
بآلة المستاجر فصح كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة المستاجر وعن محمد رحمه الله لو كان البذر
من العامل لا يصح كذا فى العيون ولو كان البقر والارض لاحدهما والبذر والعمل للآخر لم يجز
المزارعة لان صاحب البذر استاجر الارض فاشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة
لان منفعة الارض الانبات ومنفعة البقر الشق فلا تجانس بينهما حتى يجعل تبعا للارض
فيقع الاستيجار على البقر ببعض الخارج وانه باطل لان الشرع انما ورد باستيجار الارض و
العامل ببعض الخارج لا غير فبقى اوراقه على البطلان لان استيجار الشئ باجرة غير مشار اليه
ولا فى الذمة لا يجوز والاثر ورد فى استيجار العامل او الارض فيقتصر عليه واعلم ان التقسيم
العقلى على سبعة اوجه اما ان يكون العامل الواحد من احدهما والثلثة من الآخر وهذا على اربعة
اوجه وهو ان يكون الارض او العمل او البذر او البقر من احدهما والباقى من الآخر والاول جائز
والثالث لا يجوز لاحتمال الربوا وكذا الرابع غير جائز لاستيجار البقر باجر مجهول واما ان يكون
اثنان من واحد واثنان من آخر وهو على ثلثة اوجه وذلك بان يكون الارض مع البذر او مع البقر
او مع العمل من احدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون الآخرين لعدم المناسبة بين الارض
والعمل وكذا بين الارض والبقر ويجيزها ابو يوسف رحمه الله هذه الصورة فى رواية عنه لوجود
التعامل هكذا بين الكل والقياس يترك به ويمنعه محمد رحمه الله لما ذكرنا فان كان الارض من احدهما
وشرطا البذر عليهما فهو على وجهين اما ان يكون على غير صاحب الارض والبذر منهما والخارج بينهما نصفين
فهو فاسد لانه مزارعة فى نصف الارض بجميع الخارج بشرط اعارة نصف الارض من العامل وذلك
حرام فاذا فسدت المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما لانه نماء ملكهما واخذ صاحب
الارض يطيب له وعلى الآخر اجر نصف الارض ويطيب له قدر بذره ويرفع من الباقى اجر نصف
الارض ويتصدق بالزيادة لانه ربوا زرع ارض غيره بعقد فاسد فيتمكن فيه نوع خبث
ولا يستحق اجر عمله لانه عمل فيما هو مشترك فلا يستوجب الاجر ولو شرطا ان يكون البذر منهما والعمل منهما
والخارج بينهما نصفان جاز لان كل واحد منهما عامل فى نصف الارض ببذره فيكون اعارة نصف الارض

من الاخر لا شرط العمل في نصيب صاحب الارض بخلاف ما تقدم لا لكل العمل لغير صاحب الارض
كذا في شرح الجامع الصغير فاذا صحت المزارعة كان الخارج على الشرط من النصف والثلث
وغيرهما وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل لان اجرته كانت مسماة بان يكون من الخارج
فاذا لم يخرج لا يستحق شيئا بخلاف المزارعة الفاسدة لان اجر المثل كان في الذمة وبفوت
الخارج لا يفوت ما في الذمة واذا فسدت كان الخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولا يستحق الاخر
لان تسميته فسدت واجر المثل للاخر عن عمله او ارضه لا يزاد اجر المثل على المسمى عندهما فيما شرط
له من نصف الخارج او غيره لانه رضي به واجاز محمد رحمه الله الزيادة على المسمى بالغا ما بلغ اجر المثل
وهو قول الثلاثة لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب عليه اجر مثله كما هو ولو شرطا التبن
لرب البذر سواء كان رب الارض او العامل وكذا لو شرطا ان يكون التبن بينهما والحب للاخر
لانه يقطع الشركة فيما هو المقصود وكذا لو شرط التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان يكون
عما هو المقصود يكون مسكوتا عنها بعد شرط الحب نصفين صح عقد المزارعة لانه نماء ملكه وهذا
الشرط يلايم حكم العقد وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز على كل حال لان هذا الشرط يقطع الشركة كما لا يجوز
لو شرط التبن للاخر لانه لو شرط يحتمل ان يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الارض الا التبن
اذا سكتا عنه اي عن اشتراط التبن لاحدهما كان التبن لرب البذر في ظاهر الرواية لانه
نماء ملكه فلا يحتاج الى الشرط ولان من لا بذر له يستحق بحكم الشرط فاذا لم يوجد الشرط فكانه شرطا
الحب بينهما فالتبن لصاحب البذر وقيل وقال مشايخ بلخ التبن بينهما لانه تابع تبعا للحب فيدخل
في شرط بحكم العرف وبحكم العرف عند الاشتباه جائز وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز وعكس ذكره الطحاوي
عن محمد رحمه الله كما لو سكتا عن الحب فاذا امتنع صاحب البذر من العمل بعد العقد وقبل الزرع من اعطاء
البذر والوفاء على عقده لم يجبر عليه لان الجبر يستلزم الضرر عليه باتلاف ماله كمن استاجر اجيرا
ليهدم داره لا يجبر على هدمها ان امتنع الاخر عن عمل اجبر عليه لانه لا يلزمه ضرر به واذا مات احد
اي احد العاقدين بطلت المزارعة وكذا ينفسخ بدين يخرج الى بيع الارض قبل ان ينبت الزرع كي
يجب دينا لانه لم يرض ذا عمل العامل اما ان نبت الزرع ولم يستحصد لا يباع الارض لتعلق حق المزارع
اعتبارا وقياسا بالاجارة فلو كان دفع ارضه ثلث سنين للزراعة فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد ثم مات رب الارض وتركه في يد المزارع الى ان يستحصد الزرع ويقسم على الشرط ثم ينتقض
المزارعة من السنين ما بقا اطلاق جواب الكتاب وفي الايضاح لو مات احدهما وقد نبت الزرع يبقى العقد

ولا ضرورة في ابقائه

حتى يستحصد ذلك الزرع من الارض ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة
للحقين فيعمل العامل او ورثته فاذا استحصد يقسم على الشرط فيبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد كرب
الارض انتقضت المزارعة ولا شيء للعامل حكما لان المنافع انما يتقوم بالعقد وتقومها بالخارج فاذا لم
الخارج لم يجب له شيء قضاء ويسترضى ديانة كذا في صدر الشريعة واذا انقضت المدة اي مدة المزارعة
قبل الادراك اي ادراك الزرع كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الزرع يعطي صاحب الارض رعاية
للجانبين صورته رجل دفع ارضه مزارعة الى ستة اشهر فزرعها وانقضت المدة واحتاج الى وقت
الادراك شهرين فانه ينظر الى اجر مثل الشهرين فيقسم الاجر بينهما على الشرط فما اصاب الذي ليس من قبله
الارض يدفع الى صاحب الارض وعليهما النفقة على مقدار حقوقهما الى ان يستحصد لان العقد انتهى با
نتهاء المدة المضروبة وبقي الزرع وهو مال مشترك بينهما فيكون مؤنتهما عليهما بخلاف ما اذا مات رب الارض
والزرع بقل حيث يكون العمل على العامل لان هناك لم تنقض والعقد باق في مدته ويستاجر الحصاد
والرفاع اي رفع ما حصد موضعه فجمعه في مكانه والكراس وهو ادارة البقرة بالوطء عليه ليصلح والتذرية
وهي تمييز الحبوب عن تبنها بالريح بالحصص وهذا الحكم غير مختص بما اذا انقضت مدة الزراعة قبل الادراك
بل عام في جميع المزارعات لان الواجب على العامل قبل الادراك ما لا بد للزرع منه كالسقي والحفظ واما
بعد الادراك فالعقد انتهى بانتهاء الزرع فيكون عليهما ما لابد من العمل في ظاهر الرواية فالحيلة فيه
ان استاجر رب الارض المزارعة في هذه الاشياء باجرة غير مشروطة في العقد جاز فان شرطاه
اي العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع على العامل فسدت المزارعة وهو قول الثلاثة ايضا كذا في العيون
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين فينبغي ان يشترطا عملا يقتضيه العقد الزراعة
كعمل ينبت ويزيد وينمي في الخارج لا يفسد ولو شرطا شيئا من الاعمال المذكورة على رب الارض يفسد اتفاقا
وتجيز ابو يوسف رحمه الله اشتراط الحصاد عليه اي على العامل لان الناس تعارفوا على ذلك وتعاملوا
عليه كالاستصناع وهو مختار بعض مشايخ بلخ قال الفقيه وبه ناخذ للفتوى حتى لو شرط ذلك على
رب الارض لا يجوز اتفاقا لعدم العرف والتعامل وذكر في الخانية عن ابي حنيفة رحمه الله لو شرط
هذه الاعمال على العامل لا يفسد وكذا عن ابي يوسف رحمه الله ولزمت عليه بحكم العرف كما لو اشترى حطبا
في المصر لا يجب على البائع ان يحمل الى منزل المشتري واذا شرط عليه يلزمه بحكم العرف ومنعه محمد رحمه الله
هذا الاشتراط لانه شرط لا يقتضيه العقد فيكون فاسدا والمزارعة تفسد بالشروط الفاسدة

فصل

ولو شرط النصف العامل في سنة كذا والثلث في كذا كما لو قال ان زرعت هذه الارض في شهر رجب

فلك نصف الخارج وان زرعها في شعبان فلك ثلث الخارج فالاول اي الشرط الاول صحيح
عند ابي حنيفة رحمه الله على قول من يجيز المزارعة وقالا اي الاول والثاني صحيحان لانهما عقدان
ببدلين معلومين فيعتبر لتصورهما من اهل العقد وله ان الشرط الاول خال عن المزاحم
فيصح وفي الشهر الثاني اجتمع بدلان لان التسمية الاولى باقية فيه لانه لم يذكر الشرط الثاني
فان زرعه لكان له نصف الخارج فاجتمع في الثاني تسميتان فيفسد العقد فيه لجهالة الاجرة ولو
اختلفا اي رب الارض والمزارع فقال العامل شرطت زيادة عشرة اقفزة على نصف الخارج و
انكره رب الارض وذلك الاختلاف كان قبل العمل فالقول له اي لرب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يدعي صحة العقد والظاهر شاهد له وقالا القول للعامل لانه ينكر لزوم العمل عليه والقول للمنكر
حتى لو اختلفا بعد العمل فالقول لرب الارض اتفاقا فالامتناع جعل منكرا ولو اقاما البينة فبينة
المزارع اولى لانه يثبت الزيادة ولو كان الاختلاف في النقصان بان المزارع شرطت لي النصف
الا عشرة اقفزة ورب الارض يقول شرطت النصف فقط فالقول لرب الارض اتفاقا لانه ينكر
وجوب اجر المثل عليه كذا في الحقايق ولو شرط رب الارض والحال كان البذر منه الثلث للعامل و
لعبد العامل الماذون المديون بغير اشتراط عمل على ذلك العبد فثلثه اي ثلث العبد الذي
هو نصيبه لرب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للعامل ولو لم يكن العبد غير مديون فالشرط يكون
لمولاه اتفاقا ولو شرط العمل على العبد المذكور يكون المسمى له اتفاقا وهذا الاختلاف مبني على ان
المولى لا يملك اكساب العبد الماذون المستغرق بالدين عنده فاشتراطه له للاجنبي بغير عمل فلم يصح
فيكون ذلك الثلث لرب الارض لانه نماء بذره ويملك عندهما فاشتراط الثلث للعبد يكون اشتراطا
لمولاه والدليل من الطرفين مر في كتاب الماذون ولو دفع اليهما اي الى رجلين ارضا مزارعة
فزرعاها ببذرهما فسمى لاحدهما ثلث الخارج وللآخر خمسين درهما فالفساد شايع عند ابي حنيفة رحمه الله
فيفسد العقد في حق من سمي ثلث الخارج ايضا وقصراه اي الفساد على الثاني الذي سمي له خمسين
درهما لان الصفقة متعددة ولا يلزم من فساد احديهما فساد الاخرى وقد مر نظيره في البيع
الفاسد ولو غصبها اي الارض وزرعها ببذره فالخارج له عند ابي حنيفة رحمه الله لانه نماء ملكه فالعشر
والخراج عليه اي على الغاصب لزعم نقصها الزراعة ولم يوجد رواية عنهما فينبغي ان يكون تلك المسئلة
اتفاقية لانه يملك الارض النامية بها وان نقصت الزراعة فضمن الغاصب نقصانها والخراج و
العشر على المالك مطلقا قل الضمان او كثر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو آجرها كان الخراج عليه قل او كثر

لكون الاجر قايما مقام النماء فكذا الضمان لانه بمنزلة اجر الارض وقالا العشر على الغاصب وكذا(?)
لان العشر في الخارج والخارج له واما الخراج فعلى المالك لو كان الضمان اكثر من الخراج لان نقصانها
صار بمنزلة نمائها فالغاصب ضمن النقص فالمالك يسلم الخراج وما زاد على الخراج يسلم له ولو كان مثله فا
لمشايخ اختلفوا فيه على قولهما وعلى الغاصب من دون الضمان اي من غير ضمان النقصان عليه ان كان
الضمان اقل لان المالك لم ينتفع من الارض مقدار الخراج حتى يجعل لها نماء بخلاف الواجب على المالك يجب(?)
اقل كان الخراج عليه اتفاقا لانه كان متمكنا من انتفاعه من الارض وفي صورة الغصب المالك غير متمكن فينتفي
بسبب وجوب الخراج عنه ولو تزوج على ان يزرع هي ارضه بالنصف اي بنصف الخارج ببذرها
صح نكاحها وفسدت مزارعة لانه شرط فيها مقابلة البضع ببعض الخارج وهو مجهول فيفسد مزارعته
لانها تفسد بالشروط الفاسدة فيكون الخارج للزوجة ويكون عليها للزوج اجر المثل فيجعل ابو يوسف
مهرها نصف اجر مثل الارض ان دخل بها او مات عنها لانه جعل نصف الخارج مهرا لها واجر المثل قام
مقام الخارج ويجعل مهرها ربعه اي ربع اجر المثل ان طلقها قبل الدخول لان النصف يتنصف بالطلاق
قبل الدخول فصار ربعا واوجب محمد رحمه الله مهر المثل ان دخل بها او مات عنها لجهالة التسمية ولا يزاد
على مهر المثل اجر مثل الارض لان للزوج عليها اجر مثل الارض ولها على الزوج مهر المثل فيتقاصان
تساويا او اكثر ولو كان مهر مثلها اقل فعليها ان تدفع اليه مقدار النقصان ويسلم له الخارج كله و
اوجب محمد رحمه الله المتعة بالطلاق قبله ولو كان الزوج هو العامل بان يزرع هو في ارضها ببذره على ان
الخارج بينهما نصفان يجعل ابو يوسف رحمه الله مهرها اجر مثل عمله ان دخل بها او مات عنها فيكون الحاصل
كله لها وربعه ان طلقها قبل الدخول بها ولو قبل المرأة على الزوج ربع اجر مثل الارض صداق وللزوج
عليها تمام اجر مثل الارض لفساد المزارعة ويتقاصان بقدر الربع ويرد الزيادة وهي ثلثة ارباع اجر مثل
الارض لا بمهر المثل نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال لها مهر مثلها اذا طلقها بعد الدخول والمتعة ان طلقها
قبل الدخول بسبب النكاح وللزوج عليها اجر مثل عمله فيتقاصان ان تساويا ويرد الفضل كما مر
بيانه والاصل في هذه المسائل ان المشروط المقابل بالبضع وهو الخارج مجهول جهالة فاحشة فتبطل
التسمية ويجب مهر المثل لابي يوسف رحمه الله ان الخارج وان كان مجهولا لكن منافع البضع معلومة
والبضع مقوم(?) بمعلوم ومجهول انقسم عليهما نصفين لتعذر القسمة باعتبار القيمة ولا وجه للاضافة
اليهما على السواء كما لو اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء كان نصفه لفلان كذا فيما نحن فيه او تزوج على
ان يزرع هي ببذره ارضا وهو تزوجها على ان يزرع هو ارضها ببذرها وجب مهر المثل اتفاقا لان العمل

في هاتين الصورتين للزوج فجعل بعضه مقابلا بمنافع بعضها فبطل التسمية فيجب مهر المثل بالجماع
والفرق لابي يوسف رحمه الله ان المزارعة اذا فسدت كان الخارج كله لصاحب البذر وهو في هاتين الصورتين
للزوج لانه نماء ملكه فكان بعض الحاصل مقابلا بمنافع بعضها وهو مجهول جهالة فاحشة فبطلت
التسمية فوجب مهر المثل وفي الاولى فالمقابل بمنافع بعضها نصف منافع ارضها وانه معلوم فافترقا

كتاب المساقاة

وهي المعاملة فيما يحتاج اليه الشجر من تلقيح
وتنظيف السواقي وسقي وحراسة وغير ذلك وهي كالمزارعة في الخلاف والحكم وقد مر وفي الشروط الا
المدة والقياس ان يذكر المدة لما فيها من معنى الاجارة وفي الاستحسان يجوز وان لم يبينها وتقع على اول
ثمرة تخرج لان العقد يقع على العمل في الثمرة ولكل ثمرة وقت معلوم يبتدي وينتهي في الثمرة والى
متيقن دخولها في العقد لان التفاوت بينها قليل ويدخل فيه المتيقن بخلاف الزرع فانه
يختلف كثيرا ابتداء وانتهاء ربيعا وخريفا وغيرها كما مر وهي بجزء من الثمرة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جائزة وهو قول الثلثة وينبغي ان اذا ذكر مدة معلومة والمختار ان يصح بلا بيانها وانما ذكر على
وجه الاحتياط لان العقد من غير تسمية المدة يحتمل سنة او اكثر فاذا سمى مدة معلومة ينقطع
الاحتمال وذكر في شرح الطحاوي انه ينبغي له ان يشترط المدة وان لم يشترط جاز العقد استحسانا
لتيقنه لكن لو اعلم ان الثمر لا يخرج في تلك المدة يفسد العقد لفوات ما هو المقصود منه وهو الشركة
في الخارج ولو ذكر مدة تبلغ الثمرة فيها وقد يتأخر عنها جاز لكن لو تأخرت عن المدة فللعامل اجر مثله
وقد يجوز المساقاة بلا ذكر مدة فيما لو دفع اليه رطبة قد انتهى جذاذها على ان يسقيها حتى
يبذرها فيكون بينهما لان لادراك البذور وقتا معلوما وجزءا من الثمر شائعا ولو عين جزءا
معينا يفسد كما في المزارعة ويجوز المساقاة في الشجر والرطب واصول الباذنجان وهو قول مالك واحمد
ونحن لا نقتصر اي المساقاة على النخل والكرم وقال الشافعي رحمه الله يقتصر عليهما لان مساقاة رسول
الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر كان فيهما ولنا ان الاصل في النصوص التعليل وجوازها للحاجة وهي تعم
الكل والمروي ان مساقاته عليه السلام اهل خيبر كانت على ما فيها من الاشجار والكرم فقط واذا دفع
اليه اي الى العامل على وجه المساقاة نخلا فيه ثمر اي فيه ثمر على انه يزيد بالعمل جاز فلو كان الثمر متناهيا
بحيث لا يزيد بالعمل لم يجز عنده لانه اذا لم يكن لعمله اثر لا يستحق الاجر وان شرط على العامل ما لا يبقى
منفعته بعد المدة المشروطة كالتلقيح والابار وسقي الكروم والاشجار ونحو ذلك فالمساقاة
جائزة وان شرط ما كانت منفعته يبقى بعده كالقاء السرقين ونصب العرائس وتطيب الارض

العرائس وغرس الاشجار ونحو ذلك فالمساقاة فاسدة فان لم يشترط في المعاملة تلقيح
نخلها وابارها وحفظها على المساقي ان كان ما وقع عليه المساقاة يحتاج الى ذلك فسدت المساقاة
وان كانت لا يحتاج الى ذلك كانت المساقاة جائزة كذا في الينابيع واذا فسدت كان للعامل اجر مثله
لانه في معنى الاجارة الفاسدة وتبطل المساقاة بالموت كما تبطل الاجارة هذا هو القياس ولكن قالوا
لا تبطل استحسانا وهو قول الثلثة كذا في العيون فاذا مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم
عليه حتى يدرك الثمر وان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه حتى يدرك وتفسخ بالاعذار بالاجماع
كما لو مرض العامل وضعف عن العمل او كان مديونا يحتاج الى البيع او كان العامل سارقا ونحوها
لان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وكذا المساقاة فينفسخ بالعذر كالاجارة والله اعلم

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضم والجمع ومن امثالهم
ومن امثالهم انكحنا الفرا فسنرى اي جمعنا بين الحمار الوحشي والاتان لننظر ما يتولد منهما يضرب
مثلا للقوم يجتمعون على امر لا يدرون ما يصدر عنه وحكى المبرد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين
ان النكاح عبارة عن الجمع والضم وفي الشرع عبارة عن ضم وجمع مخصوص وهو الوطي لان احد
الزوجين حالة الوطي يجتمعا وينضم كل واحد الى صاحبه حتى يصيران كالشخص الواحد لمصالح المعيشة
وقيل هو للعقد الذي توجب حل استمتاع البضع قصدا او الوطي جميعا لان معنى الضم موجود فيهما
والاصح هو حقيقة للوطي خاصة وقد يستعار للعقد مجازا لما انه يؤول الى الضم فمتى اطلق النكاح
في الشرع يراد به الوطي لقوله عليه السلام ولدت من نكاح اي وطي حلال وقوله عليه السلام تحل للرجل من امرأته
الحائض كل شيء الا النكاح وزعم الشافعي رحمه الله ان اسم النكاح في الشريعة يتناول العقد فقط
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم الاية ولقوله عليه السلام تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة ونحو
ذلك فقد قال الله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح اي معنى الاحتلام فان المحتلم يرى في منامه صورة الوطي
وقال الله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية والمراد الوطي ثم هذا العقد لا ينعقد الا بوجود ركنه من
اهله مضافا الى المحل وهو الايجاب والقبول وحكمه الاثر الثابت بالعقد كالحل وملك المتعة ويسن
النكاح حالة الاعتدال لقوله عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني وعند اصحاب
الظواهر واجب لظاهر الامر به لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية ولقوله عليه السلام لعكاف
بن خالد الك امرأة فقال لا فقال تزوج فانك من اخوان الشياطين وفي رواية ان كنت من رهبان النصارى
فالحق بهم وان كنت منا فتزوج فان المهاجرين من امتي من مات وله زوجة او زوجتان او ثلث و

ولان التحرز عن الزنا فرض ولا يتوصل اليه الا بالنكاح وما لا يتوصل الا به يكون فرضا وحجتنا
ان النبي عليه السلام ذكر اركان الدين من الفرايض وبين الواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح
وقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليه رسول الله عليه السلام ذلك والفقها رضي الله عنهم
فتحوا البلاد ونقلوا المجلى دقيق من الفرايض ولم يذكروا في جملتها النكاح وكما يتوصل الى التحرز عن
عن الزنا بالنكاح يتوصل اليه بالصوم قال عليه السلام يا معشر الشبان عليكم بالنكاح فمن لم يستطع
فعليه بالصوم ويجب النكاح ويتمكن منه في التوقان اي حالة شدة الاشتياق الى الوطي صيانة
لنفسه عن الوقوع في الفساد ويكره النكاح لخوف الجور والظلم من سوء خلقه لان سببية النكاح
لما اشتمل على مصالح الدنيا بحسن المعاشرة والصحبة بالمعروف وتحصين النفس ومنعها عن الزنا
على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله ويوحده والذي يخاف الجور والميل
ياثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات ويتقدم في حقه المفسدة على المصالح لرجحان هذه
المفسدة عليها لانه اذا اجتمع دليل الحرمة والحل يرجح الحرمة واقتضى ذلك ان يكون النكاح حراما
في حقه الا ان النصوص لا يفصل فقلنا بالكراهة عملا بالشبهين ونحن نفضل اي النكاح
على التخلي اي يكون خاليا عن النكاح وشواغله ومشتغلا للنوافل وقال الشافعي رحمه الله
التخلي افضل وكذا الخلاف في التعلم والتعليم لان النكاح من المعاملات حتى صح من الكافر فالا
لاشتغال بالعبادة المقصودة لذاتها افضل ولنا ما روي ان قوما هموا بطلاق النسوان
والتخلي لعبادة الرحمن فرق عليهم النبي عليه السلام وقال تناكحوا توالدوا ومدح الله يحيى عليه السلام
بكونه سيدا وحصورا والحصور من لا ياتي النسا مع القدرة عليه لا يدل على التخلي افضل لاحتمال
ان يكون ممدوحا في شريعته فينسخ في شريعتنا وجعل النكاح افضل منه فيها كما نسخت الرهبانية
بالايجاب وهو ما صدر اولا والقبول وهو ما صدر ثانيا وهما اي الايجاب والقبول حال كونهما
بلفظ الماضي كقولها زوجت وتزوجت لان غرضهما انشاء النكاح فاختير لفظ الماضي
الدال على الثبوت والتحقق او يكون احدهما بلفظ الماضي والاخر بالمستقبل سواء كان مستقبلا
يصلح للحال والاستقبال او لا يكون كذلك كالامر كما لو قال لها اتزوجك او انكحك وقالت قبلت
لان النكاح انما ينعقد بعد تقدم الرسالة والخطبة غالبا فيكون اتزوجك عبارة عن التحقق ولزم
النكاح في الحال بالقرينة او لان قوله اتزوجك يجي تزوجتك عرفا بدلالة الحال كما في كلمتي الشهادة
بخلاف البيع فانه لا ينعقد بلفظ ابيع لان البيع يقع بغتة غالبا فلا يحمل الحال كما في البيع

او قال زوجني فقال زوجتك لان قوله زوجني توكيل والوكيل يتولى طرفي النكاح لكونه سفيرا محضا
وهذا التوكيل يقتصر على المجلس لانه توكيل في ضمن الامر بالفعل فيكون لتحصيل المامور به في المجلس
حتى اذا قام عنه فقد قام قبل القبول وروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله لو قال جئتك خاطبا
ابنتك او زوجني ابنتك فقال الاب قد زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل ولا يشبه البيع
لان مبناه على المسامحة والمساهلة والبيع على المماكسة والمساومة ولو قال تزوجني وقال الاخر زوجتك
لا ينعقد النكاح لانه استخبار واستيعاد من الوعد لا امر وتوكيل وان اراد به التحقق دون الاستخبار
والسوم ينعقد به ونحن لا نقتصر على لفظي النكاح والتزويج وقال الشافعي رحمه الله يقتصر انعقاد
النكاح عليهما وهو قول لمحمد رحمه الله سنا اذا ذكر المهر ولو لم يذكره لا يصح الا بلفظ النكاح او التزويج
النكاح فينعقد بالتمليك والصدقة والهبة والبيع بان قالت المراة بعتك نفسي بكذا او قال
ابو الابنة بعتك ابنتي بكذا في الصحيح وقال ابو بكر الاعمش لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص بتمليك
المال والمملوك بالنكاح ليس بمال واشار بان قال الرجل لامراته اشتريتك بكذا فاجاب نعم بهذه
الالفاظ ولو طلب من امراة زنا فقالت وهبت نفسي منك بحضرة الشهود وقبل الزوج لا يكون
نكاحا لان هذا جواب لما التمس الا النكاح لانه لان الزوج لو ملك بضعها فيكون نكاحا فلا يكون ما يدل
على التمليك موجبا له بل الاصل في التناكح بمعنى الانضمام وهذان اللفظان تقتضيان ذلك فلا ينعقد
بغيرهما ولنا ما روي انه عليه السلام في انكاح امراة ملكتها بما معه من القران والبضع مملوكة للزوج
في حق الاستمتاع ولهذا للمنع عن بروزها ولانه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما
في ملك اليمين والسببية من طرق المجاز فتثبت الحل في غيرها تبعا لها والبضع قد يكون مملوكا
وان لم يكن مالا كالقصاص حتى جرى فيه الارث والاعتياض وفي جوامع الفقه كل لفظ موضوع
لتمليك العين في الحال ينعقد به النكاح اذا ذكر المهر والا فبالنية وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله
انه قال كل لفظ يكون في الامة تمليكا للرق فهو نكاح في الحرة واما بلفظ القرض فقيل ينعقد لانه
التمليك كلفظ الهبة وقيل لا لان الاستقراض غير جايز في الحيوانات فلا يصلح سببا لحكم النكاح
وعن محمد رحمه الله لو قال الاب اوصيت لك بابنتي في الحال ينعقد النكاح وان اوصى بها مطلقا لا ينعقد
لانها توجب الملك معلقا بشرط الموت كذا في الاختيار لا بلفظ الاجارة وهو رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله
وهو اختيار ابي بكر الرازي وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز ذلك وهو اختيار الكرخي لان المتوفى
بالنكاح هو المنفعة في الحقيقة وقد سمى الله تعالى العوض اجرا بقوله فاتوهن اجورهن لكن هذا فاسد

لان الاجارة شرعا لا ينعقد الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا قال لاباحة والاعارة اى لا ينعقد
النكاح بهما لانهما ليسا بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الا[illegible] باحة ملكا اصلا فان من ابيح
طعاما لغيره لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح وكذا الاعارة ولان هذه الالفاظ ليست حقايق
فى لباب ولا مجازات لعدم كونها اسبابا لملك المتعة ايضا والشافعى رحمه الله اجازوا نكاح السر
وهو ان يكون بلا تشهير وشرطوا الاشهاد وقال مالك لا يجوز نكاح السر وهو قول ابن ابى ليلى
وعثمان البتى حتى لو تزوج عند شاهدين وشرط كتمان العقد لا يجوز والاشهاد ليس شرط
لجواز النكاح حتى لو نكحها بغير شهود بشرط الاعلان وترك التراضى بالكتمان صح عنده حتى
لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين بان لا يظهر العقد لا يصح لما روى
انه عليه السلام نهى عن نكاح السر وقال اعلنوا النكاح ولو بالدف ولان ابن عمر والحسين بن على
رضى الله عنه تزوجا بغير شهود والاشهاد مستحب عنده ولنا قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود
والمراد نفى الجواز لانه هو الاصل ولان عمر رضى الله عنه لم يجز نكاحا شهد عليه رجل وامراة وقال هذا
نكاح السر ولا ينعقد النكاح بين المسلمين الا بحضور شاهدين مسلمين حرين بالغين عاقلين
انما شرط هذه الاوصاف لان الشهادة من باب الولاية لكونها نافذة على الغير رضى او لم يرض
والعبد والصبى والمجنون ليسوا من اهل الولاية واما الكافر فلا ولاية له على المسلم وفى شرط
حضورهما دلالة على ان سماعهما معا ليس شرط حتى لو سمع احدهما التزويج ولم يسمع الآخر
فاعاد التزويج فسمع الاخر دون الاول وهما فى المجلس يجوز كذا ذكر فى المنتقى وقال هذا
استحسان وكذا قال الامام السغدى حتى تجوز شهادة الاصمين فى النكاح ولو شهدا حدهما
تزويجا والاخر انها تزوجها اليوم لا تقبل ولو شهدا فى البيع هكذا تقبل لان حضورهما
شرط فى النكاح دون البيع ولو كانا سامعين ونحن نجيزه اى النكاح برجل وامراتين اى بحضورهم ولو كانا
او اعميين كذا فى العيون وقال الشافعى رحمه الله فى رواية لا يجوز الا بشهادة رجلين عدلين وفى
للشافعى فى الاعميين وجهان ولهذا ينعقد عند عبدين وعند ابن العاقلين ينعقد بالاجماع
الا فى وجه للشافعى رحمه الله لان شهادة النساء غير مقبولة عنده بناء على اصله كما يجى بيانه فى باب
الشهادة فى غير المال فلا ينعقد النكاح بحضورهن ولو كان الشهود غير عدول بان يكونا
فاسقين فى عقد النكاح يجوز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لان العدالة فى شاهد شرط
عنده كما فى ساير الشهادة ولو كان شهود النكاح مستورين يجوز اجماعا كما فى الحقايق ولو كان الشهود

٦٦

اعميين وقال الشافعى رحمه الله لا ينعقد فى قول وكذا لو كانا محدودين فى قذف ينعقد النكاح عندنا
خلافا للشافعى رحمه الله لان شهادتهم غير مقبولة ولنا ان كلا منهم اهل للشهادة فى الحقيقة وعدم
قبولها عند الاداء وافضاها النكاح وفرق بينهما فان الاداء ثمرتها وفوتها لا يدل على فوت الاصل
وانعقاد النكاح موقوف على حضور الشاهدين لا على ادائها الشهادة ومحل الخلاف فى المحدود
فى القذف قبل ظهور التوبة اذ عنده تقبل توبته فى جميع الشهادة فضلا ان يكون فى النكاح
والعجب للمص فى هذا المقام حيث اشار الى الخلاف فى مواضع احدها انه شرط الذكورة والثانى انه شرط
العدالة والثالث شرط البصر والرابع عدم حد القذف فى الشهود فرد بعض بالاصل وبعضها بالوصل
طلبا للايجاز ومن البين ان ما ذكر فى الوصل لا يوهم ما ذكر فى الاصل فكانه قال لا يشترط الذكورة
فى الشهادة فمن ابى يتوهم ان رجلا وامراتين لو كانا عدولا لاجاز النكاح عند الشافعى رحمه الله ولا ينعقد
بشهادة النائمين واختلفوا فى الاصمين الذى لا يسمعا والصحيح انه لا ينعقد ولو عقد النكاح
بالعربية وهما يحسنان والشهود لا يحسنون العربية لا رواية فى الاصل واختلف المشايخ فيه ثم
قال بعضهم لا ينعقد وقال بعضهم ينعقد اذا كان يمكنهم عبارة ما شهدوا كذا ذكر قاضى خان فى
شرح الجامع الصغير ولو وصلها اى المراة كتاب شهود عليه وهو الزوج باعتبار لزوم الصداق
ومضمونها نكاحها حاصل كتب فى كتاب اما بعد فانى تزوجت فلانة بنت فلان بن فلان بكذا من الصداق
واشهد جماعة بما فيه وارسل بهم والحال انهم لم يعلموا اى ما فى الكتاب من قصة التزوج فاذا حضروا
الكتاب اليها فقرا به بين ايديهم فلما فرغت قالت زوجته نفسى وقالت فقبلت ذلك التزوج
تجيزه ابو يوسف رحمه الله النكاح فيكون منكوحته لان الكتاب كالخطاب فاذا قراته بحضرة الشهود
انى تزوجت فلانة فقد وجد شطر العقد بحضرة الشهود بما فى الكتاب على الاجمال واذا قبلت
وجد الشطر الاخر بحضرتهم فينعقد لوجود الايجاب والقبول بحضرة الشهود وقالا لا ينعقد
لانه اشهد على المجهول فلا يجوز كما لا يجوز الشهادة المجهولة كما اذا اشهدوا على ما فى الصك الذى بايديهم
ولم يعلموا ما فيه ولم يخبرهم بما فيه لا يصح بالاجماع فكذا هنا ولو كان مضمون الكتاب بيع شيء
ولم يعلم الشهود بما فيه الكتاب فقالت اشتريت ينعقد البيع اتفاقا لان الاشهاد ليس بشرط
فى البيع ولو علموا ما فى الكتاب ينعقد اجماعا ولو لم يقرا الكتاب فقالت عندهم زوجته نفسى
من فلان بن فلان لم ينعقد النكاح اجماعا لان سماع الشاهدين كلام الزوجين شرط جواز النكاح
واذا كتب فيه زوجته نفسك منى لا يشترط اعلامها الشهود بما فى الكتاب اتفاقا لانه يتولى طرفى النكاح

بحكم الوكالة واذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز النكاح عندهما وان كان لا يظهر عند جحوده
وابطل محمد رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله ولهذا بان المسلم لو تزوج مسلمة لا ينعقد بشهود
ذميين اتفاقا فكذا هذا لان هذا شهادة الكافر على المسلم بلزوم المهر معنى فلا يعتبر ولهما قلنا
ولهما ان سماع الشهادة على الذمية ثبوت ملك المتعة له عليها لان الشهادة شرطت في النكاح لتعظيم
البضع فلا يصلح على الزوج لكونه مسلما الا للزوم المهر وهو غني عن الاشهاد لان المال يؤخذ بلا شهود
كالبيع فلا يحتاج في جانبه الى الاشهاد ولو قال بشهادة ذميين ابطل محمد رحمه الله لتوهم ان هذا متعلق
لقوله ولو وصلها كتاب الشهود عليه فيكون المعنى وبشهادة ذميين ابطل محمد رحمه الله هذا النكاح وهذا
غير مراد فان اختلفا وترافعا الى الحكام فادعى احدهما النكاح وانكر الآخر او اختلفا في مقدار المسمى
او في جنسه وشهد ذميان فينظر ان كان المنكر هو الزوج لا يقبل شهادتهما بالاجماع
ولو كان هي المراة قبلت عندهما دون عنده سواء قالا عند العقد معنا رجلان مسلمان الا
وعند محمد رحمه الله ان قالا معنا مسلمان عند العقد قبلت شهادتهما في صحة النكاح دون المهر وان لم
يقولا كذلك لم تقبل ولو اسلما ثم اديا الشهادة فهي مقبولة عندهما دون عنده كذا في الينابيع و
المراة اذا كانت منتقبة فقال الرجل زوجت منه وقالت زوجت نفسي منه فسمع الشهود جاز
لانها معلومة بالاشارة ويجوز للشهود ان يكشف وجهها وينظر اليها احتياطا لاداء الشهادة
عند الحاجة واما الغايبة لا يصح نكاحها الا بتعريف اسمها واسم ابيها فان ذكر اسمها لا غير و
كان الشهود يعرفونها جاز لان القصد من ذكر اسم ابيها التعريف وقد حصلت المعرفة بعلمها
ولو سمع الشهود كلام امراة ولم يشخصها ان لم يكن في هذا البيت الا هي يجوز والا فلا **فصل**
في المحرمات تحرم الام والجدة اي نكاحها مطلقا اي سواء كانت من قبل الاب او الام والبنت الاصل وفرعه
لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت لكن حرمت
لكن حرمة نكاح الجدة تثبت بالاجماع او بدلالة النص لان لفظ الام لا يتناولها حقيقة او
لان الام هو الاصل لغة فالنهي عن الاصول وذلك يجمع الكل فيكون حرمة الجدات ثابتة بالنص
على هذا التقدير وقال ابن عباس رضي الله عنه جميع المحرمات في النكاح اربعة عشر في النص سبع منها بالنسب
وسبع منها بالسبب وتسع من هذه الجملة حرام حرمة مؤبدة كذا في النوازل والمحرمات التي تضمنها كتاب النكاح
والرضاع احد وعشرون فرعا سبعة من جهة النسب وسبعة من جهة الرضاع واربعة من جهة المصاهرة
واثنان من جهة الجمع وواحدة من جهة الكفر اما السبعة من جهة النسب فالامهات والبنات والاخوات والعمات

والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت وكذلك هؤلاء من جهة الرضاع واما الاربعة التي من قبل
المصاهرة فام المراة وبنتها ومنكوحة الاب وحليلة الابن واما الاثنان من جهة الجمع فالجمع بين الاكثر من
الاربع والجمع بين الاختين واما الواحدة من جهة الكفر فالمجوسية وزاد بعضهم تقديم الامة على الحرة و
بسبب حق الغير وبسبب ملك اليمين وبسبب الطلقات الثلث كذا في النوازل وتحرم بنته اي البنت الحاصلة
من الزنا بامراة وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم نكاح البنت المخلوقة من ماء الزنا للزاني لان نسبها غير ثابت
منه فصارت كالاجنبية ولهذا لا ترث فيكون مباحا لقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وليست هذه داخلة
في المحرمات ولنا ان موجب حرمة المصاهرة في الحقيقة هو الولد فهو مخلوق من مائهما فهو جزء للواطئ
والموطوءة فلا يختلف الجزئية والبعضية بالملك وعدمه وانها صالحة للحرمة فيكون اصول الموطوءة
وفروعها كاصل الواطئ وفرعه فيكون الولد الحاصل من الزنا جزءا للواطئ حقيقة فكانت بنته فتناولها
النص وان لم يضف اليه شرعا نظرا الى حرمته فالحرمة اذا دارت بين الثبوت والعدم ثبتت احتياطا
وتحرم بنت الولد وولد الولد وان سفلت ثبت حرمتها بالاجماع او بدلالة النص والاخت مطلقا اي سواء
كانت لاب وام او لاب او لام والخالة والعمة مطلقا سواء كانت للولد او لابائه او امهاته وسواء كانت خالة او عمة
لاب وام او لاب او لام وكذا ام العمة حرام لان ام عمة لاب وام او لام هي ام ابيه لا محالة ولم ابيه حرام والحاصل
ان النسبة من جانب العمة او الخالة الى ذوي العمة او الخالة يكون نسبة الى فروع الاخ او الاخوات و
ان سفلت فيكون حلالا من اي جهة كانت وبنت الاخ والاخت وان سفلت واما بنت العم والعمة والخال
والخالة فحلال لقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وهي غير مذكورة في المحرمات وتحرم ام المراة بالعقد الصحيح
سواء دخل بها او لا لان العقد الفاسد لا يحرم الا اذا دخل بها فح يحرم الموطوءة وبنت المراة المدخول بها
لقوله عليه السلام من تزوج امراة حرمت عليه امها دخل بها او لم يدخل وحرمت عليه بنتها ان دخل بها ولا
يشترط كونها اي في حرمة بنت المدخول بها في الحجر وهو قول عامة علمائنا وقول عامة الصحابة رضي الله عنهم وقد
قال بشر المريسي وداود يشترط وهو قول علي رضي الله عنه لقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن والمقيد بشرطين لا يثبت باحدهما وجه قول اصحابنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من تزوج امراة ودخل بها حرمت عليه بنتها شرط بالام ولم يشترط كونها في حجر زوج الام فيكون
ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط بدليل قوله فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم علق
الاباحة بعدم الدخول فقط ولو كانت الحرمة مقيدة بها لتعلقت الاباحة بهما وتحرم حليلة ابيه وحليلة
اجداده اي زوجتهما وحليلة ابنه وحلايل بني اولاده وان سفلوا دخلوا بهن او لم يدخلوا الا الطلاق

قوله تعم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فبالاصلاب يخرج الابن المتبنى فان حليلته جائزة له و
حليلة الابن رضاعا حرام لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيحرم النكاح بهؤلاء ودوام على
التأبيد لاسناد الحرمة الى ذواتهن وتحرم بثبت المصاهرة اى حرمتها بالزنا وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت بها لا
المصاهرة نعمة ولهذا تلحق الاجنبيات بالامهات حتى يجوز الخلوة بهن والمسافرة معهن والمعصية لا تصير سببا
للنعمة ولنا ما سبق من الدليل فى تحريم البنت من الزنا والزنا وطئ الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته
فلو جامع رجل رجلا لا يحرم على الفاعل والمفعول ام الآخر وبنته وكذا لو لاط بامرأة وان كان حراما بالاجماع
لا يثبت به حرمة المصاهرة الا فى رواية عن مالك وقول من الشافعى رحمه الله فلا يحرم عليه امها وبنتها اتفاقا
ولو وطئها بملك يمين او بنكاح صحيح او فاسد او وطئ جارية مشتركة او جارية بعد تزوجها من غيره او وطئ
الاب جارية ابنه يثبت به المصاهرة اتفاقا كذا فى الحقايق ولو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه
وان كانت فى غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له كذا فى المحيط وتحرم بالمس والنظر
الى الفرج الداخل هو الصحيح وعليه الفتوى وهو ما يرى عند استلقائها حتى لو نظر الى فرجها بشهوة
وهى قائمة لا يثبت الحرمة كذا فى النوازل بشهوة وحدة ان كان شيخا ان ينتشر آلته به وان داد
انتشارا ان كانت منتشرة قبل وان كان شيخا او عنينا فحدها ان يتحرك قبله وتزداد تحركه وقيل
ذلك الا بقول ووجود الشهوة من احدهما يكفى كذا فى التبيين ولو رأى فرجها من وراء الزجاج
ثبت الحرمة ولو رآه فى المرآة لا تثبت ولو مسها فوق ثوب رقيق بحيث ان وصل حرارة البدن
الى يده ثبت الحرمة والا فلا وعلى هذا الخلاف لو مس امرأة بشهوة سواء كان المس عمدا او خطاء
اكراها او ناسيا او نظرت الى ذكره وفى قاضيخان هذا لو صدق الرجل انها مسته بشهوة ولو
كذبها ينبغى ان لا يحرم عليه امها وبنتها والمراد بالفرج القبل فلو نظر الى دبرها وساير اعضائها فلا
يثبت به الحرمة وقال الشافعى رحمه الله فى قول لا يثبت الحرمة بهذه الاشياء لان النظر ليس فى معنى
الدخول ولهذا لا يجب بها الاغتسال والحد ولنا انهما داعيان الى الوطئ فيقامان مقامهما
احتياطا ولهذا قالوا اذا اتصل بالمس انزال لا يوجب الحرمة فى الصحيح لانه تبين انه غير داع و
قال بعض المشايخ لا يثبت الحرمة بالمس ان اتصل به الانزال والخلاف فى مس الامة لا فى المنكوحة
بشهوة لقائل يدخل بها فانت لا يحرم بنتها عنده ويحرم عندنا ولم يوجب بدخولها الاجنبية الحرمة
فضلا عن مسها وتقبيلها ابو يوسف عن الحرمة بوطئ صغيرة لا تشتهى لانه وطئ فى القبل فيوجب الحرمة
كوطئ العجوز لا تشتهى وقالا لا تثبت لان وطئها لا يصير سببا للولد فاشبه اللواطة بخلاف العجوز

لانها يحتمل العلوق كما فى قصة ابراهيم وزكريا عليهما السلام فان وطئ صغيرة مشتهاة ثبت الحرمة
اتفاقا وهى بنت تسع سنين من غير تفصيل وبنت خمس سنين غير مشتهاة من غير تفصيل و
ما بينهما ان كانت ضخمة كانت مشتهاة والا فلا ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من الاصول و
الفروع والخالات والعمات وغيرها من المعدودات لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
الا ام الاخ فيجوز تزوج ام اخيه من الرضاع وان لم يكن جائزة من النسب لان ام اخيه من النسب
يكون امه او موطوءة ابيه وكذا لو كان لاخيه من النسب ام من الرضاع يجوز تزوجها اذا لم يكن
موطوءة ابيه واخت الابن فاذا كان لرجل ابن من الرضاع يجوز تزوجها وكذا يثبت الجواز فى قرابة
الرضاع دون النسب منها انه لو كان لرجل ابن من النسب وجدة من الرضاعة او بالعكس يجوز تزوجها
ولم يكن ذلك جائزا فى القرابة النسبية ومنها لو كان له عم من النسب وله ام من الرضاعة او بالعكس يجوز
تزوجها ومنها انه اذا كان لخال من النسب وله ام من الرضاعة او بالعكس جاز له تزوجها ولم يكن ذلك
جائزا فى القرابة النسبية وانما لم يستثن هذه الصورة لان حالها يعرف بحال الام واخت الابن
بالمقايسة ويحرم الجمع بين الاختين نكاحا لقوله تعم وان تجمعوا بين الاختين وهو معطوف على
ما قبله من النساء اللاتى يحرم نكاحهن ويحرم الجمع بملك اليمين وطأ بين المملوكين الاختين لقوله عليه السلام
من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم اختين ولو تزوج اخت امته الموطوءة جاز نكاحها
وليس له وطئ كل منهما لان للعقد حكم الوطئ حتى لو تزوج مشرقى مغربية فولدت اولادا ثبت نسبهم منه لثبوت
الوطئ حكما وليس له وطئ المعقودة حتى يحرم الموطوءة كيلا يصير جامعا بينهما وطأ
كذا فى شرح الهداية وانما يحل وطئها عند ثبوت حكمه وهو محل الوطئ ولو ادعيا اى الاختان نكاح
رجل وبرهنت كل على سبقها والحال انه لو اى الزوج جاحد به اى بالنكاح فلا يدرى نكاح احديهما على التعيين
فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا رجحان لاحديهما وكذا الحكم لو لم يبرهن كل واحدة
منهما على الاسبقية ولو عين الزوج احديهما بالفعل بان يدخل بها او بين انها سابقة فهى بنكاحها
لتصادقهما وفرق بينه وبين الاخرى ولو دخل باحديهما وبين بعد ذلك ان الاخرى سابقة يعتبر
الثانى لان الاولى بيان دلالة والثانى صريحا والدلالة لا تقاوم الصريح وقسم نصف المهر عليهما اى بينهما
لان كل واحدة منهما ان كانت سابقة فلها نصف المهر وان كانت لاحقة فلا شئ لها فينتصف النصف
بينهما ولو لم تدعيا السبق وقالا لا ندرى اى النكاحين اسبق لا يقضى لها بشئ ما لم تصطلحا على اخذ
نصف المهر وصورة الاصطلاح ان تقولا عند القاضى لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ

وان اخت من النسب يجوز تزوجها
ولم يكن ذلك جائزا فى النسب
وكذا اذا كان له ابن من النسب
اخت من الرضاع

فتصطلحا على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي كما قال لرجلين لاحد كما على الف درهم لا يكون لاحدهما ان ياخذ منه شيئا ما لم يصطلحا كذا ههنا هذا اذا كان مهرهما متساويين ولو كانا مختلفين يقضي لهما بنصف المهر لانه ثابت معينا وان لم يكن المهر مسمى في العقد يجب متعة واحدة كذا في التبيين ونفي الثاني لهما بدل نصف المهر ولو كانت الفرقة بعد الدخول فلكل واحدة منهما مهرها كاملا ولا يوجبا بو يوسف شيئا في رواية عنه وهو قول محمد رحمه الله في رواية عنه ايضا لجهالة المقضي لها واوجبه محمد رحمه الله المهر في رواية كاملا بينهما لان الزوج مقر بصحة نكاح احديهما ولم يطلقها فعليه تمام المهر بينهما كذا في النهاية او ادعى هو اي الزوج نكاح امراة بانها منكوحته وادعت نكاح اختها الغايبة انه تزوجها قبلها فا نكر الرجل وبرهنا اي اقام كل واحد منهما بينة على ادعاه قضي ببينة الحاضرة فيقضي بنكاح الحاضرة عند ابي حنيفة رحمه الله وافقا الامر اي جعلا امر النكاح موقوفا الى حضورها اي حضور الغايبة فيحتمل ان يقيم البينة على سبق نكاحها فيحرم المتاخرة فمست الحاجة الى تعريفها فيجب التوقف صيانة للقضاء عن النقض وله ان نكاح الحاضرة متحقق بالبينة ونكاح الغايبة غير متحقق فاذا لم يوجد خصمها ولا من يقوم مقامها دعوى واحتمال اثبات الغايبة سبق نكاحها موهوم فلا يجوز ترك المحقق به ويحرم الجمع بين امراة وعمتها وخالتها وبنت اختها واخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اختها فاذا فعلتم ذلك فقد قطعتم ارحامكم وهذا حديث مشهور يزاد به على الكتاب لكن من الاحاد فيجاز به تخصيص النص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لان المجوسية والوثنية خصتا منه وكذا يحرم الجمع بين العمتين والخالتين واذا خص العام مرة كان دليلا ظنيا فيجوز تخصيصه مرة اخرى بخبر الواحد فاذا تزوج كل من الرجلين ام الاخرى فتلد كل منهما بنت يكون كل واحد من البنتين عمة الاخرى ولو تزوج كل منهما بنت الاخرى فتلد كل منهما بنتا يكون كل واحدة خالة الاخرى وحل جمعهما اي الجمع بينهما اي بين المراة وهي بنت زوجها من غيرها وبين امراة ابيها وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو قول ابن ابي ليلى لان بنت زوجها لو فرضت رجلا لم يجز له نكاح المراة لانها زوجة ابيه ولنا ما روي ان ابن عباس رضي الله عنه جمع امراة رجل وبنته من غيرها ولان حرمة الجمع كانت لصيانة القرابة عن القطيعة ولا قرابة بينهما اذ لو كانت لثبت الحرمة من الجانبين فلم يثبت لان امراة الاب لو فرضت ذكرا جاز له نكاح تلك البنت فتصور المذكورة شرط من الجانبين عندنا وعنده من جانب واحد يكفي للحرمة كذا في النوازل ويحرم على الحر اكثر من اربع نسوة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فالاقتصار على الاربع في موضع الحاجة الى البيان ينفي الزيادة ولما روي ان غيلان الديلمي اسلم وتحته عشر

نسوة فامره عليه السلام ان يمسك منهن اربعا وتفارق الباقي واستدل بعض الروافض بهذه الاية جواز تسع لان الواو للجمع والجواب عن استدلالهم ان المراد من الاية ان من تحت نكاحه واحدة يجوز ان ينكح واحدة اخرى وواحدة اخرى معدودة بهذا العدد محظورا عليه ما وراء ذلك فيكفي في تحصيل الثلثة بعد الاثنين واحد وبعد الثلثة واحد اخر فلا يقتضي العطف بالواو ان يكون احاد الاثنين مغايرة لاحاد الثلثة واحاد الثلثة للاربع قاطعنا وان شفع رحمه الله حرم على العبد اكثر من اثنين وقال مالك رحمه الله يجوز ان يتزوج اربعا لعموم الاية ولنا ما روي انه عليه السلام قال لا تنكح العبد اكثر من ثنتين واجمع الصحابة رضي الله عنهم عليه ويحرم اخت المعتدة من باين في عدتها كما لرجعي فان تزوج اخت المعتدة من طلاق رجعي في عدتها كان حراما بالاتفاق فكذا هذا وقال الشافعي يجوز لمن ابان امراته ان يتزوج اختها في عدتها وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيني لارتفاع النكاح ولنا ان حكم نكاح المبانة باق من وجه لبقاء بعض احكامه كالنفقة والفراش في حق ثبوت النسب فلم يجز نكاح اختها لثبوت العلاقة وعدة ام الولد التي مات مولاها وهي ثلث حيض كوامل عندنا وعند الشافعي رحمه الله حيضة واحدة اذا اعتقت مانعة من نكاح اختها عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يجوز نكاح اختها قبل ثلث حيض وقالا عدتها تمنع عن وطيها فيجوز نكاحها ولا يجوز وطيها حتى تمضي عدة المعتقة لان العدة اثر الفراش ولو لم يكن ام الولد حال قيامه لم يمنع نكاح اختها وبعد العتق يكون ايضا لكن لا يطأ ايضا وله انه قبل العتق ضعيف حتى يملك تزويجها لان نفس النكاح ليس بوطي حقيقة انما يصير وطيا حكما عند ثبوت حكمه وهو حل الوطي فيصح النكاح بدونه وبعد العتق قوي لا يملك تزويجها حتى ينقضي عدتها فصار كعدة المعتدة عن نكاح فان تزوج ام ولد لغيره وهي حامل منه فالنكاح باطل كيلا يصير جامعا بين الفراشين بخلاف ما اذا كانت حائلا فانه لو ازوجها نكاح ام الولد بدون العتق فوجهه ان نظر الى الفراش لا يجوز نكاحها مطلقا وان نظر الى ان الفراش غير متاكد فكانه لم يكن فيجوز نكاحها مطلقا فقلنا بالجواز قبل الحمل لعدم تاكد الفراش وبعدم الجواز بعد الحمل للتاكد كذا في فوايد الهداية ومن وطي جاريته ثم زوجها لاخر جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها حتى لو جاءت بولد لا يثبت النسب منه الا بدعوة الا ان عليه ان يستبريها المولى قبل التزويج صيانة لمائه فاذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها عندهما فلا يجب الاستبراء عليه لا وجوبا ولا استحبابا وقال محمد رحمه الله احب الي ان لا يطاها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى فيجب التنزه كذا في النوازل ونحن اجزنا لمن اعتق ام ولده ان يتزوج الاربع فيها اي في عدة ام الولد وقال زفر رحمه الله لا يجوز نكاح

لم يجز نكاح اختها لكونها كالمعتدة من النكاح ولنا ان تزوج الاربع كان جايزا للمولى قبل عتقها مع
قيام حل وطيها فجوازه بعد عتقها مع انعدام الحل يكون اولى ونحن صدقنا الزوج المخبر عن
معتدته انها اخبرت بانقضائها اى بانقضاء العدة مع انكارها اى فى انكار اخباره واقراره له
مطلقته المعتدة اذا كان اخباره فى مدة ينقضى فى مثلها العدة للتزوج اى لاجل تزوج المخبر اختها اى
اخت المعتدة فيحكم القاضى بحل تزوج اختها فيحل تزوجها عندنا وقال زفر رحمه الله لا يصدق فلا يحكم
بحلها فلا يحل تزوجها وان حكم القاضى لانها امينة فى الاخبار عما فى رحمها ثانيا فيعتبر انكاره فيقبل
قولها على زوجها فلا يحل له تزوج اختها ولنا ان انكار المعتدة انما يعتبر فيما يتعلق بحقوقها كالنفقة
والسكنى واما فيما يتعلق بحقوق الزوج كجواز التزوج بالاربع واخت معتدته فلا يعتبر فى
صدق
الزوج فى اخباره لسلامته عن المعارض فيما يتعلق بنفسه وبالجملة ان خبر كل منهما يقبل فى حقه
دون حق الاخر ولو ادعى انقضاء عدتها بعد اسنادها القول اليها ذكر خواهر زاده لا رواية فيه
وذكر الحاكم الشهيد انها على الخلاف ايضا ولو صدقته او كانت ساكتة او غايبة فله ان يتزوج اختها
اتفاقا كذا فى الحقايق ويجوز الكتابيات اى نكاح كافرات يعتقدن كتابا كالنصرانية واليهودية
ونحوهما للعموم قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفايف كذا فى الهداية وانما فسرنا
احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنه فانه فسر المحصنات بالمسلمات فكانه قال لا يجوز نكاح الكتابية
لانها مشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهى من المشركين لقوله تعالى وقالت اليهود
عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله فسبحانه عما يشركون ولم يجوز غيره نكاح
فلا بد من تلفيق الايتين فقيل فيه وجهان الاول ما ذكر فى المبسوط ان اسم المشرك لا يتناول
الكتابى مطلقا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب فى قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل
الكتاب والمشركين فعلم منه ان معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم فلم يلتفت وجوده والثانى ان اهل
التفسير قالوا ان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات منسوخ بقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من
قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شى قط وهو قول ابن عباس رضى الله عنه والاوزاعى
كذا فى التيسير والكشاف قال فى الوجيز قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن نزلت فى حق ابى مرثد
الغنوى كانت له خليلة مشركة فلما اسلم سال رسول الله عليه السلام ايحل له ان يتزوج بها فانزل الله
هذه الاية والمشركات ههنا عامة فى كل من كفر بالنبى عليه السلام حرم الله نكاحهن ثم استثنى الحراير من الكتابيات
بالاية التى فى المائدة فبقى نكاح الامة الكتابية على التحريم اللهم الا ان يقال ان المخصص للعام يجوز تخصيصه

اخرى بالمماليك وغيره ونحن نجيز الامة الذمية اى نكاحها مع طول الحرة اى لمن يستطيع ان
ينكح الحرة وقال الشافعى رحمه الله لقوله تعالى ومن لم يستطع طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت
ايمانكم علق نكاح الامة بوصفين بكونها مؤمنة وبعدم قدرة المتزوج على الحرة فينتفى الحكم بانتفاء
احدهما لان ذكر الوصف كذكر الشرط ولنا عموم قوله فانكحوا ما طاب لكم الاية وذكر الوصف قد يكون
للترغيب فلا يستدل بعدمه على عدم الحكم كوصف المحصنات الذى فسر بالعفايف فى هذا الشرط حتى جاز
نكاح غير العفايف من المسلمات اجماعا على ان نكاح الامة لو لم يكن جايزا مع طول الحرة لم يكن لنهيه عليه السلام
عن تزويج الامة على الحرة فايدة ونحن نجيز نكاح الاربع منهن وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لان
نكاحها ضرورى لما فيه من ارقاق الولد والضرورة تندفع بالامة الواحدة فلا يجوز اكثر منها هذا
فى الحر واما العبد فينكح امتين ولا يعتبر فى العجز عن انكاح الحرة كذا فى المصفى ولنا قوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولا ارقاق فيه لان الارقاق يستدعى تقديم الحرية والنطفة لا توصف
بها ولا بالرق على انه يمكن ان لا يحصل الولد بان يتزوج امة عاقرا ولو تزوج الابن جارية
ابيه واخيه يجوز اتفاقا ونحن نجيز جارية ابنه اى نكاحها وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لان نكاح
الرجل مملوكته غير جائز وجارية ابنه مملوكته من وجه لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك ولهذا
لو وطيها مع العلم بالحرمة يسقط الحد ويثبت النسب منه ولنا ان الاب لو كان مالكا جارية ابنه
من وجه لما جاز للابن وطيها وهو جائز اجماعا فان قيل ما الحكم على الاستخدام والتملك عند الحاجة
وسقوط الحد لظاهر الاضافة فى الحديث المورثة للشبهة ويحرم الامة على الحرة لو كان الزوج
حرا بالاجماع وقال الشافعى ولهذا لو كان الزوج عبدا يجوز له ان يتزوج الامة على الحرة وعند مالك

يجوز نكاح الامة على الحرة برضا الحرة كذا فى العيون لا بالعكس اى لا يحرم نكاح الحرة على الامة
لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وحرم اى الامة فى عدة لمعتدة الحرة من
باين حرام ايضا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لان التزوج فى عدتها ليس تزوجا عليها ولهذا
لو حلف ان لا يتزوج عليها فتزوج فى عدتها لا يحنث ولنا ان النكاح باق فى العدة من وجه
كبقاء بعض احكامه من النفقة وغيرها فيحرم نكاح الامة فيها احتياطا كما لم يجز نكاح اختها
فى عدتها واما اليمين فغرض الحالف ان لا يشركه غيرها فى قسمها فبالتزوج فى عدتها لا يحصل
الاشتراك فلا يحنث ولو تزوج فى عقد واحد اربعا من الاماء وخمسا من الحراير جاز نكاح
الاماء خاصة لانه لا يجوز نكاح واحدة من الحراير لعدم الاولوية فيبطل نكاحهن ويبقى نكاح الاماء

لعدم المزاحمة ولا يتزوج المولى امته لان ملكه للمتعة ثابت له ولو ثبت ثانيا بالنكاح لادى الى اثبات الثابت فلا يثبت به احكام الازواج من ثبوت المهر في ذمة المولى وبقاء النكاح بعد العتق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك واما اذا تزوجها تنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو من الاحتمال لان تكون حرة او معتدة الغير او محلوفا عليها بالعتق وقد حسنه الحلواني وكثير ما يقع لاسيما اذا تداولها الايدي ولهذا كان يفعل الشداد وكان يقول لا ادري لعلها حرة وجرى على لسان اربابها كلام الحرية ولا يتزوج المراة عبدها لانها مالكته ولو كانت منكوحة لصارت مملوكته فبينهما تناف لو نكح بنت مولاه يجوز لانه لا ملك لها في حال ابيها ويحرم المراة المجوسية والوثنية اي نكاحهن لقوله تع ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهي من يعتقد الاله الوثن او الكتاب الذي كان مشركا والمشرك يغاير الكتابي لان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والعطف يقتضي المغايرة والصابئات لان لم يكن اهل الكتاب كما قالوا في حقهم خرجوا من النصرانية وعبدوا الكواكب والملائكة يحرم التزوج منهم اتفاقا وان كانوا قوما من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون الكواكب كتعظيمنا القبلة كما قال ابو حنيفة رحمه الله يحل التزوج اتفاقا ويحرم ابو يوسف رحمه الله الحامل اي نكاحها من الزنا وهو قول مالك وعليه وزفر رحمهم الله كذا في العيني لان هذا الحمل محترم اذ لا ذنب له فصار كثابت النسب لهذا لا يجوز اسقاطه وصح نكاحها ولا توطأ حتى تضع حملها لان قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم عام بينا ولها وانما حرم وطئها لان لا يسقي ماءه زرع الغير حرام كما قال عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وقد جاء في الخبر انه سمع الحمل ويصير يزداد بالوطي حتى لا يستدفع الرحم بالحبل الى كليته رجل تزوج امراة فجاءت بسقط استبان خلقه فان جاء لاقل من اربعة اشهر لم يجز نكاحها لان خلق الولد انما يستبين في اربعة اشهر فتعين ان الولد من الاول كذا في الواقعات والخلاف فيما تزوج غير الزاني فان تزوج هو يجوز اتفاقا كذا في التبيين وكذا الخلاف في تزوج الزاني الذي لم يتزوجها الحبل منه فان اقر صح النكاح اتفاقا فيستحق النفقة لانه غير ممنوع عن الوطي وان اتهم بامراة فظهر الحبل والرجل منكر ثم تزوجها جاز نكاحها عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله ولكن لا نفقة عليه لانه ممنوع عن الاستمتاع بها كذا في النوازل لو كان الحمل ثابت النسب من الغير فالنكاح باطل بالاتفاق ولو كان ثابتا منه بان وطئ بامراة بشبهة فحبلت منه ثم تزوجها جاز النكاح كذا في النوازل ويبطل المتعة وهو ان يقول الرجل لامراة خذي هذه العشرة لامتع بك اياما او عشرة اشهر مثلا فقال ان متعتك نفسي كذا الى اخره

او قال متعني

مدة كذا فتقول له متعتك نفسي فلا بد من لفظ المتعة فيه فهذا ليس نكاح لانه ينعقد للازدواج وطلب الولد وهذا ليس كذلك بل كانت للاستمتاع او لعدم احكام الزوجية لان لا ارث وانقطاع الحل بغير طلاق ولا مانع وهو كان جائزا في ابتداء الاسلام فنسخه النبي عليه السلام بقوله كنت اذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله تعالى الى يوم القيمة روى محمد الحنفية عن ابيه علي بن ابي طالب رضي الله عنهما ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة وروى انه قال احل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة فخرجت مع عمي الى باب امراة ومع كل واحد منا بردة وكان بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امراة فجعلت ينظر الى شبابي والى بردته وقالت هلا بردكم كبردته ثم اثرت على بردته فبت عندها فلما اصبحت واذا منادي رسول الله ينادي الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة فانتهى الناس عنها وقال مالك في رواية يجوز وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال جابر رحمه الله ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى يرجع من قوله في الصرف والمتعة ويحل ابطلنا النكاح الموقت وقال زفر يصح لانه لا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة وهو ان يتزوجها بكذا امراة بشهادة شاهدين الى شهر مثلا كما اذا تزوجها بشرط ان يطلقها بعد شهر لان التوقيت تع لقول زفر فانه يقول توقيته باطل وعقده جائز باجماع الصحابة والفرق بينهما ان يذكر لفظ النكاح او التزوج في الموقت مع ذكر التوقيت ولفظ المتعة في المتعة وكنا انه في معنى المتعة لما ان توقيت الملك لا يكون الا بالمنافع التي تحدث في المدة ولفظ النكاح يحتمل المتعة حقيقة بملك المتعة وانما وقع الملك على المراة شرعا لا بمقتضى لفظ النكاح فصدر الكلام هو التزوج يحتمل المتعة وسياقه محكم في المتعة فصار المحتمل من صدر كلامه محمولا على المحكم من سياقه لما ان العبرة في العقود للمعاني كما في المفاوضة بشرط ان يكون الربح كله للعامل كان اقراضا او يكون الربح كله لرب المال ابضاعا وكما لو قال احلتك وكيلا بعدم ما يكون وصيا ولان النكاح عقد عمر وتوقيته يكون صريحا بان الغرض منه المتعة فيبطل النكاح وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا ذكر مدة لا يعيش مثلها صح النكاح لانه في معنى المؤبد لكن في ظاهر الرواية لا فرق بين طول المدة وقصرها لما ذكرنا ولا خلاف في شرط ان يطلقها بعد شهر لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا ويحل تخيير الشغار وهو ان يقول الرجل ان يزوجك اخته او ابنته على ان يزوجه اخته او ابنته على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى وسمي هذا معاوضة ايضا وهذان عقدان جائزان عندنا ويجب مهر المثل على كل واحد منهما وقال الشافعي رحمه الله العقدان باطلان لنهيه عليه السلام عن الشغار وقال لا جلب في الاسلام ولا جنب ولا شغار وقد كانت العرب حالة السابقة يقيمون بصوت

على الفرس في حالة الجري ليزداد جده ومنه قوله ثم فاجلبت عليهم بخيلك وكان الراكب في حالة المسابقة
يجنب فيها شابها لفرس فاذا قرب فرس وثب عليه فنهى النبي عليه السلام عنهما في الاسلام وكذا ان سائلا
سئل ابن مسعود رضي الله عنه عن هذا الحكم يرددونه شهرا ثم قال اقول بنفسي فان يك صوابا فمن الله
فان يك خطأ فمن ابن ام عبد الله وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريئان منه ارى لها مهر مثل
نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال معقل بن سنان او معقل بن يسار وابن الجراح صاحب
الراية الاشجعيين فقالا نشهد لقد رسول الله عليه السلام قضى في امراة منا يقال لها بروع بنت واشق
الاشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود رضي الله عنه سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه
لما يوافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا في شرح المطو ولان النكاح مما لا يبطل بالشروط
الفاسدة وههنا شرط فيه ما لا يصح مهرا فيبطل الشرط ويصح العقد كما لو سمى خمرا او الشغار وهو الخلو
سمي شغارا لخلوه عن المهر ونحن نبطل شرط الخيار في النكاح لاحد العاقدين او لهما فيصح عقده
ويبطل خياره لنا العقد نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال يبطل عقده ايضا لان اشتراط الخيار فيه
معنى توقيته على تقدير الفسخ ومعنى اضافته الى المستقبل على تقدير الامضاء وكلاهما باطلان
ولنا ان اشتراط الخيار في معنى الهزل وهو غير مانع لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و
الطلاق والعتاق فمتى انعقد لزم وبطل الشرط ولو تزوجهما اي امراتين بعقد واحد بالف واحدهما حرام
بان كانت مجوسية او معتدة الغير او نحوهما صح النكاح اجماعا في الحلال ولها اي للتي صح نكاحها الالف
الكامل عند ابي حنيفة رحمه الله لان ضم التي لا تحل في العقد يكون لغوا فهو بمنزلة ضم الجدار او
الاسطوانة الى المراة في النكاح فيكون المسمى كله مقابلة ببضعها دون ما انضم اليها وقالا حصتها
من مهر مثلهما فيقسم الالف على مهر مثلهما مثلا لو كان مهر مثل احديهما ضعف مهر مثل الاخرى يقسم الالف
بينهما اثلاثا وان كانا سواء فيقسم سواء فما اصاب مهر مثل الحلال يكون لها وما اصاب مهر مثل الحرام
تسقط هذه القسم لم يدخل بالمحرمة وان دخل بها فعلى قياس قوله لها مهر مثلها بالغا ما بلغ وعلى قياس قولهما
لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف لهما انه جعل الالف بدل البضعين ولم يسلم له الا احدهما
فيجب عليه قدر ذلك من العوض كما لو قال لامراتين تزوجتكما على الف واجابت احديهما ولابي حنيفة
ساقط شرعا فصارت كان قط حقيقة فيجعل كل الالف مقابلا بالحلال ويكون التثنية مجازا عن الواحد

فصل في الاولياء والاكفاء ونحن نجيزه اي النكاح بعبارة النساء وان كانت
مجنونة او صغيرة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا وان اذن لها الولي و

المولى ورأى المصلحة كذا في الكفاية وهو
قول محمد ومالك وعلى كل صح

ورأى المصلحة كذا في الكفاية وهو قول محمد ومالك وعن مالك رحمه الله لو كانت خسيسة ينعقد بعبارتها كذا
في العيون وان زوجت نفسها باذن المولى او بنتها او اختها او لها او امتها او توكلت بالنكاح عن الغير
وذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان وعن العلماء لو كانت غنية شريفة لا يجوز تزويجها نفسها
وان كانت فقيرة خسيسة جاز وهو قول ابن ابي ليلى ومنهم من قال لا يجوز ان كانت بكرا ويجوز ان كانت
ثيبا وكذا الصغيرة والمجنونة ينعقد عندنا بعبارتهما حتى لو تزوج الصغيرة والصغير يتوقف
على اجازة المولى فان اجازه جاز فكانت اجازته بمنزلة المباشرة حتى لها خيار البلوغ حتى لو لم يتعرض
الولي حتى بلغ الصغير او الصغيرة فاجاز جاز ولا ينعقد بمجرد البلوغ وعند الشافعي رحمه الله لا ينعقد
بعبارتهما ايضا كذا ذكر في قاضي خان في شرح الجامع الصغير فلو زوجت نفسها فالتفريع مقدمة
لبيان رواية ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله لا لبيان الخلاف فان في قولهما يتوقف من غير ولي فانه لا دخل له لو
كانت امراة وهي حرة عاقلة بالغة بكرا كانت او ثيبا لغا فان زوجت نفسها رجلا كفوا كان او غير كفو او
وكلت امراة غيرها او توكلت اي صارت وكيلة عن الغير بالتزوج به اي بالنكاح او تزوجت غيرها
بالولاية فزوجها غيرها فاجازت جاز من غير اذن ولي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله في ظاهر الرواية عنه
وزفر والحسن رحمه الله وظاهر الرواية عن ابي يوسف رحمه الله كفوا او غير كفو الا ان للولي حق الاعتراض
وروى الحسن عن ابي حنيفة والطحاوي عن ابي يوسف رحمهم الله انه يجوز لو كان كفوا والا فلا يجوز وهو
المختار للفتوى لانه اقرب الى الاحتياط لان كل ولي ليس يحسن في المرافعة الى الحكام ولا كل قاض يعدل
كذا في النوازل وفي رواية عن محمد رحمه الله كذا في النوازل وللشافعي رحمه الله ان النكاح يراد لمقاصده
والتفويض اليهن مخل بها لانهن ليس باهل للمباشرة لكونهن سريعة الاغترار سيئة الاختيار
فلا تحصل مقاصد النكاح فلا يفوض اليهن امر النكاح فلا ينعقد بعبارتهن ولنا انها تصرفت في
خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج
وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ويشترط ابو يوسف رحمه الله لاذن الولي كفوا كان او غير
كفو فلا ينعقد بلا اذنه فلا يتوارثان في رواية في غير رواية الاصول وهو رواية الطحاوي وان
كان الزوج كفوا امر القاضي الولي بالاجازة كفوا كان او غير كفو وان ابى الولي لا ينفسخ لكن يجيزه
القاضي فيجوز ووافقه محمد رحمه الله اي في الاشتراط الا انه جعله موقوفا في ظاهر الرواية عنه كفوا كان او
غير كفو على اجازته اي على اجازة الولي غير تغير الخلل باجازة الولي جاز ولو لم يطلق يبطل في رواية
اخرى فان ماتا قبل الاجازة لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولا ظهاره ووطؤه حرام فان امتنع الولي

من الاجازة ذكر الطحاوي عن محمد رحمه الله تجدد القاضي العقد بينهما وذكر هشام عن محمد رحمه الله فان لم يجز
الولي يجيزه انا وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان وروي عنه انه رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله
قبل موته بسبعة ايام حكى الفقيه ابو جعفر الهندواني ان امراة جاءت الى محمد رحمه الله قبل موته بثلثة ايام و
قالت ان لي وليا وهو لا يزوجني الا بعد ان ياخذ مني مالا كثيرا وقال محمد لها اذهبي فزوجي نفسك وهذا يؤيد
ما روي من رجوعه وقال ابن ابي ليلى ان كانت بكرا لا يجوز وان كانت ثيبا يجوز وجه عدم الجواز ما روت عائشة
رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة زوجت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وقال عليه السلام
لا نكاح الا بولي ولانها كانت مولى عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفاذ لعدم الراي فلو زال انما يزول
بما حدث لها من الراي والعقل والبلوغ وانما حدث لها عقل ناقص فكان حدث راي من وجه دون وجه
فثبت لها احدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ووجه الفسخ انه لم يجز الولي ان
النكاح الى الاولياء بالحديث فيتوقف على اجازته ويرتد برده ولنا قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ولا جناح
عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف اضاف النكاح والفعل اليهن فكان دليلا على صحة عبارتهن ونفاذها
على الحقيقة الاضافة والاطلاق ومتى زوجت نفسها من كفو بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف
فلم يكن على الاولياء في ذلك جناح ولقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها فانه متفق على صحته وما رواه
سقيم لانه نقل عن عائشة رضي الله عنها انها زوجت بنت اخيها عبد الرحمن وهو غايب وعمل الراوي بخلاف ما رواه
يدل على سقم روايته وقال البخاري لم يصح في باب النكاح حديث دل على اشتراط الولي فجوازه وجواز
النكاح بغير ولي روي عن عمر وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم ولئن سلم يكون محمولا على الامة والصغيرة
وتستاذن البكر فتكفي رضاها اي سكوتها فهو اذن بنكاحها لقوله عليه السلام البكر تستامر في
نفسها فان سكتت فقد رضيت واما اذا بكت فقيل ان كان دمعها حارا فهو رد وان كان باردا فهو
رضا وقيل بلا صوت فهو رضا وكذلك الحكم اذا بلغها خبر التزويج اليها قيل لا بد في الاستيذان من
تسمية الزوج ومقدار المهر لان رغبتها تختلف باختلافهما والصحيح ان كان المزوج غير الاب والجد فلا بد
من تسميتها فلو لم يسمها لا يكون سكوتها رضى وان استاذن غير ولي او ولي غيره اولى منه لم يكن سكوتها رضا
حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلا يكون دالا على الرضا وحكى الكرخي ان سكوتها
عند استيمار الاجنبي يكون رضا لان حياءها من الاجنبي فوق الحياء من الولي والاصح ما قيل اولا لان السكوت
جعل رضا بطريق الضرورة وهي تندفع بجعله رضا في حق الاولياء فلا يجعل ولا يجعل في حق الاجنبي ولا
حق قريب ليس بولي بان كان عبدا او كافرا وقالوا يشترط ان يكون الزوج كفوا والمهر وافرا فان

عبدا او غيرهما لم يكن سكوتها رضا الا في حق الاب والجد عنده وعندهما لا يكون رضا ولا بد من
تسمية الزوج وعند البعض لا بد من تسمية الصداق لان الرضا يختلف باختلاف المهر والاصح انه لا يشترط
فان زوجها بغير استيمار يكره كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير والسكوت يجعل رضى في اثني عشر موضعا
في هذا الموضع وفيما اذا قبض الاب والجد مهر البكر البالغة فسكتت وفي بيع التلجية اذا قال احدهما اني اجعل
بيعا صحيحا فسكت صاحبه وفيما اذا اشترى المشركون عبدا فوقع في الغنيمة فبيع وهو لا ومولاه الاول حاضر فسكت
وفيما قبض المشتري المبيع عند البايع فسكت يكون اذنا وفيما كان الخيار للمشتري فراى عبده المشتري يبيع
ويشتري فسكت يبطل خياره فلو كان الخيار للبايع لا يبطل وفيما اذا باع مجهول النسب فسكت يكون اقرارا
بالرق وفيما اذا حلف لا اترك غلاما في داري فرآه ينزل في دار الحالف فسكت حنث وفي نكاح الفضولي
اذا سمع الكلام فسكت يكون قبولا كذا في المحيط ويعرب الثيب اي يبين بالقول اذا استاذنها فلا بد من
رضاها بالقول لقلة حيائها بالممارسة فلا يكتفى بسكوتها ولو قبلت المهر اذا الهنية يكون رضا ولو قبلت
الهدية او خدمت الزوج او اكلت من طعامه لا يكون رضا كذا في المحيط ومن زوجها كالبكر فيكتفى
بسكوتها عند الاستيذان ان زالت بكارتها بوثبة او حيضة او تعنيس او جراحة وهو مكثها في منزل
اهلها بعد بلوغها الى الصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله كقولنا والقول الاخر انها يثبت لها حكم النطق لزوال
عذرتها ولهذا ترد في البيع لزوال بكارتها بهذه الاشياء ولنا ان البكر اسم لامراة لم يصبها احد او امراة
لم يوطء فاذا وطئ بعد يكون اول واطئ لها فيكون بكرا حقيقة ولا يكون عيبا لزوال العذرة والجلدة
الرقيقة ولهذا لو اوصى لابكار بني فلان تدخل في هذه الوصية الا انها ليست بعذراء فلهذا كان
زوال العذرة عيبا في الشراء وفي النكاح تعلق الحكم بالبكارة التي هي مظنة الحياء لعدم ممارسة الازواج
وهي موجودة وكذا لو زالت بكارتها بزنا خفي فيكتفى بسكوتها كالبكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكتفى
بل يستنطق وهو قول الشافعي في الجديد ولهم رواية كذا في العيون لانها ثيب كما يستنطق اذا تكرر
زناها او وطئت بشبهة ولان الفحص عن حقيقة البكارة قبيح فادير الحكم على مظنتها واستنطاقها
اظهار الفاحشة وقد ندب الشارع الى الستر بخلاف تكرار الزنا لانها لا تستحيي بعد ذلك عادة وبخلاف وطي
شبهة لان الشرع اظهره بايجاب العدة عليها ولو ادعى الزوج سكوتها وقت الاستيذان فيصح النكاح
وهي تدعي الرد فلا يصح النكاح ولم يقم كل منهما بينة يحكم بقولها بلا يمين عند ابي حنيفة رحمه الله ومع
يمين عندهما فلو انهما اقاما بينة قبلت بينة الزوج على السكوت ولو كانت على النفي لانه يتضمن امرا
وجوديا وهو الاذن ويجوز البينة عليه لا قول زفر رحمه الله فانه قال يرجح قول الزوج لانه ينكر

بما هو عارض على السكوت وهو الرد فيكون القول له ولنا انه يدعي عليها تملك البضع والمرأة تنكره فيكون
القول لها كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى ولو اقام كل منهما بينة على ما ادعاه
فبينتها اولى اتفاقا لانه تثبت الرد والزوج يثبت عدمه وهو السكوت ولو ادعى الزوج انه زوجها الولي لها
خيار البلوغ سكتت حين بلغت وادعت رد النكاح فيه فالقول قول الزوج اتفاقا لان ملكه كان ثابتا
عليها والزوج يدعي زوال الملك عنها كذا في المحيط او ادعى الاب بنكاح ابنته من رجل وجحد فشهد ابناه
اي ابنا المدعي على النكاح وهي كبيرة يردها ابو يوسف رحمه الله شهادتهما لان هذه الشهادة شهادة للاب
صورة لان صدقه يظهر عند النكاح وهو منفعة له فلا تقبل وسمعها محمد رحمه الله هذه الشهادة لان هذه شهادة
لاختهما في الحقيقة فيجعل دعواه كذا دعواه ولو ادعى الاب على الزوجة وجحدت رضاها في الصورة المذكورة فشهد
ابناه ترد اتفاقا لانها شهادة للاب بتنفيذ قوله ولو كان المدعي هو الزوج تقبل شهادتهما اتفاقا
ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل شهادتهما اتفاقا ويتولى العصبة المسلم الحر البالغ العاقل للنكاح
لقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات فلا يتولى الكافر على المسلم ولا العبد ولا الصبي ولا المجنون
لا ولاية لهم على انفسهم فكيف يتولى على غيرهم لان الولاية انما شرعت للنظر فلا نظر للصبي والمجنون
نحو لا [illegible] اي الولي عن انكاح الصغير والصغيرة فيجوز انكاح اولاد الصغار اي القول بالفسق
وقال الشافعي رحمه الله تمنعه لانه لما منع عن الشهادة التي هي شرط انعقاد النكاح فهو منع عن صدور شطر
النكاح الذي هو الايجاب والقبول عنه لان الولاية من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة
ولنا انه ولي خاطب [illegible] على غيره فالمستور حال الولي بالخلاف ويلي الكافر اولى العصبة على مثله
من اقربائه لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض تزويج الصغير والصغيرة منصوب مفعول
لقوله يتولى والمجنون والمجنونة فلا يتولى العصبة على العاقل البالغ والعاقلة البالغة كالاب والجد
ويحجب الاقرب الابعد على ترتيب العصبات في ولاية الانكاح كما يحجب في الارث فاقرب الاولياء الابن
ثم ابن الابن وان سفل لكن هذا متصور في المعتوهة لا في الصغيرة ثم الاب ثم ابو الاب وان علا ثم الاخ
لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وان سفل ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم بنيه وان سفل
ثم عم ابيه ثم عم جده ثم بنيه فالاقرب فالاقرب يحجبوا بقوة القرابة كما في الاخ والعم فقدم الاعيان على العلات
بشرط الحرية لكن يثبت لهما اي الصغير والصغيرة خيار البلوغ فاذا بلغ كل منهما ان شاء اقام على
النكاح وان شاء فسخ بتزويج غيرهما اي غير الاب والجد ولو كان العاقد امهما ويسقطه ابو يوسف
الخيار مطلقا في غير الاب والجد ايضا لان النكاح عقد لازم وقد صدر من اهله الولي فلا يفسخ قياسا

على الاب والجد ولهما ما روي ان النبي عليه السلام زوج بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار
اذا بلغت وغير الاب والجد قاصر الشفقة بالنسبة اليهما فلا يكافي عليهما والام وان كانت وافرة الشفقة
لكن في عقلها قصور واللزوم بتزويج القاضي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله فيكون العقد لازما فلا خيار
لهما بالبلوغ لان ولاية القاضي كاملة فيكون ملزمة كالاب والجد لكن ولاية تزويج الصغار انما ثبت اذا
شرط السلطان للقاضي في منشوره ولو لم يكن مشروطا فيه فزوجهم القاضي فاجاز السلطان ما صنعه يجوز
على الاصح [illegible] والخيار هو المختار في تزويج القاضي فلهما خيار البلوغ كما افتى به محمد رحمه الله لان ولايته متأخرة
من ابن عمه فاذا ثبت الخيار في تزويجهما فاولى ان يثبت الخيار في تزويج القاضي ومن ثبت له خيار البلوغ
ينبغي ان تختار نفسها كما بلغت بحيض او سن كما ان الشفيع اذا بلغه الخبر ينبغي ان يطلب الشفعة و
يشهد على اختيارها نفسها لو كان عنده من يصلح لذلك والا يخرج الى الكافي وتختار ثانيا ويشهد ولو
لم تختر في بيتها وخرجت الى الكافي بطل خيارها والاشهاد ليس بشرط لاختيار نفسها لكن شرط الاشهاد
ليثبت اختيارها بالبينة فيسقط عنها اليمين والتحليف على اختيارها نظير تحليف الشفيع على طلب الشفعة
فلو قالت للقاضي قد اخترت نفسي حين بلغت او قالت حين بلغت طلبت الفرقة صدقت مع اليمين
ولو قالت بلغت امس وطلبت الفرقة لا يصدق ويحتاج الى البينة وكذا الشفيع لو قال طلبت
حين علمت صدق ولو قال علمت امس فطلبت فعليه البينة وهذا لانهما اضافا الطلب والاختيار
الى وقت ماض فحكيا ما لا يمكن استئنافه في الحال فلا يصدق فيه بلا بينة واذا لم يضيفا الاختيار
والطلب الى وقت ماض بل اطلقا الكلام فقد حكيا ما يملكان استئنافه في الحال الا انا نجعل الحادثة
كانها بلغت الآن واختارت نفسها الآن والشفيع علم بالشراء الآن وطلب الشفعة الآن كذا في جامع
الفصولين ولو اجتمع خيار البلوغ مع الشفعة في وقت يقول اطلب الحقين ثم يبتدأ في التفسير
بخيار البلوغ ثم الشفعة كذا في النوازل فان كان بعد الدخول فلها المهر كاملا وهذا لا يكون طلاقا لانه يصح
من الانثى ولو كان قبل الدخول لا يجب نصف المهر ولو فعل غير الاب والجد لا يكون النكاح تاما لقصور الولاية
فيكون قابلا للفسخ والنكاح انما لا يكون فسخا اذا كان تاما وذلك اذا فعل الاب والجد فلهما تزويجهما
اي للاب والجد تزويج الصغير والصغيرة بغبن فاحش وهو ما لا يتغابن الناس فيه في المهر اذا
زوج بنته بمائة درهم ومهر مثلها الف درهم او زوج ابنه امرأة بالف درهم ومهر مثلها مائة درهم وبغير كفؤ وقالا
لا يجوز تزويجهما وهو قول الثلاثة كذا في العيون وقال في التلويح اذا تزوج ولي غير الاب والجد من
الكفؤ بمهر المثل او زوجها الاب والجد من غير كفؤ وبغبن فاحش يكون عقدا [illegible] يكون لهما الفسخ

بعد العلم بالنكاح واما اذا زوجها غير الاب والجد بغير كفو او بغبن فاحش لم يصح ولم يوجد الانعقاد
رواية عنهما اصلا قال في شرح المبسوط ولو زوج الاب ابنته الصغيرة ممن لا يكافيها او زوج ابنه الصغير
امراة ليست بكفو له جاز في قول ابي حنيفة رحمه الله استحسانا ولم يجز عندهما وهو القياس وكذلك لو زوج ابنته
باقل من صداق مثلها او ابنه باكثر من صداق مثلها بقدر ما لا يتغابن الناس فيه يجوز عنده ولا يجوز عندهما
هكذا قال في الكتاب ولم يبين انه لا يجوز حتى ظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان الزيادة والنقصان لا يجوز
فاما اصل النكاح فصحيح لان المانع هنا فساد التسمية وفساد التسمية لا يمنع النكاح كما لو ترك التسمية اصلا
او زوجها على خمر او خنزير ولكن الاصح ان النكاح لا يجوز وهو ما ذكر في المتن وهكذا ذكر قاضي خان في
شرح الجامع الصغير والاول يدل على الانعقاد فاختار صدر الشريعة الاول حيث قال لو فعل الاب
او الجد عقد عدم الاب لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ ولو فعل غيرهما فلهما
ان يفسخا بعد البلوغ على القول بجواز النكاح بغبن فاحش او بغير كفو عن ابي حنيفة رحمه الله
لا يستلزم القول بعدم اللزوم فانه اذا انعقد يجوز ان يكون لازما لكمال النظر ووفور الشفقة اذ لا
رواية عنه في التفصيل عنه اصلا ووجه قولهما ان ولاية الاب مقيدة بشرط النظر ولا نظر في هذا
العقد وعند تركه النظر يكون بمنزلة الاجانب فكما لا يجوز من الاجانب لا يجوز من الاباء ولهذا لو تصرف
في مال الصبي بغبن فاحش لا يجوز تصرفه ولان ولاية عليها دون ولاية المراة على نفسها ولو زوجت
نفسها من غير كفو او بدون صداق مثلها يثبت حق الاعتراض للاولياء فهذا اولى فهذا يدل على انعقاد
النكاح مذهب على الجملة والتحقيق ان قول ابي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية عنه قول ابي حنيفة رحمه الله
في نكاح الحرة العاقلة برضاها بدون رضى الولي فينعقد كفوا كان او غير كفو او نقصت عن مهر مثلها
بما يتغابن الناس وكذا قول محمد رحمه الله في قوله المرجوع اليه فعند ابي حنيفة رحمه الله للاولياء حق الاعتراض
وعندهما لا لان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية كذا ذكر
في الهداية وكذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان فهذا يدل على انعقاد النكاح عندهما اذا كان
الزوج غير كفو ونقص نقصانا فاحشا اذ لا معنى لعدم الاعتراض فيما لا ينعقد فاذا ثبت الرواية
عنهما فعلا لان عقد غير الاب والجد للصغير والصغيرة بخيار البلوغ فلهما ان يفسخا واذا عقد الاب
والجد فلا خيار لهما فيلزم النكاح لهما ووجه قوله ان الاب وافر الشفقة فهذا الاضرار كان لجلب نفع
آخر من كون الزوج حسن الخلق والالفة وواسع النفقة والعفة ففي هذا العقد نظر لو لم يعرف
فلا يكون اضرارا عليه فلو عرف من الاب سوء الاختيار لسفهه او طمعه او وقت السكر لا يجوز عقده اتفاقا

95

وان اقر الاب والجد بنكاح الصغير والصغيرة لم يصدق الا ببينة او بتصديق بعد ادراكه
البلوغ عند ابي حنيفة رحمه الله كذا في النوازل وايضا وان الشافعي رحمه الله لم يقتصر الولاية على الاب
فقال الشافعي رحمه الله ولاية الاجبار مقتصر على الاب والجد في الصغير والصغيرة وقال مالك لا ولي للصغيرة
غير الاب لان الولاية على الحرة تثبت على خلاف القياس والنص انما ورد في ولاية الاب لما روي ان ابا بكر رضه
زوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست وزفت اليه وهي بنت تسع وكانت عنده تسعا ولنا قوله عليه السلام
النكاح الى العصبات والولاية موافقة للقياس لان النكاح مشتمل على مقاصد لا تتم الا بين
المتكافئين والكفو لا يتفق في كل وقت فمست الحاجة الى اثبات الولاية لئلا يفوت الكفو الخاطب
لو انتظر الى البلوغ ونحن نديرا الاجبار على الصغر فيثبت ولاية النكاح جبرا اذا كانت صغيرة بكرا
كانت او ثيبا لا البكارة خلافا لقول الشافعي رحمه الله فانه قال انما تثبت ولاية الاجبار عليها لو كانت بكرا
بالغة كانت او صغيرة لان النبي عليه السلام لم يشترط في نكاح البكر مطلقا اذنها فيملك الولي انكاحها بدون
رضاها صريحا ولنا ان الولاية في مالها تنقطع اذا بلغت فكذا تنقطع الولاية على نفسها وانكاح البكر
البالغة برضاها لكن النبي عليه السلام اقام سكوتها مقام رضاها ويجوز الاجبار في الصغير اتفاقا كذا
في الحقايق ونحن نعدنا ولاية الاب بجنون الولد بعد البلوغ صحيحا فيزوج الاب بالولاية عليه حتى
لو زوج من ابنه الكبير امراة بغير اذنه ثم جن قبل الاجازة فللاب ان يجيز ذلك النكاح لانه يملك انشاء
النكاح عليه فيملك الاجازة فيه وقال زفر رحمه الله لا يعود الولاية للاب بعد البلوغ صحيحا لانه لما بلغ
الولد صار ولي نفسه فزال ولاية ابيه عنه فلا يعود ولنا ان سبب الولاية قبل البلوغ كان عجز
الولد عن تحصيل كفوه وبجنونه صار عاجزا ايضا فتعود الاجماع فالام واقاربها كالجدة والعمة
والخال والخالة وذوي الارحام استحسانا الاقرب فالاقرب اولياء للانكاح عند ابي حنيفة رحمه الله
استحسانا بعد العصبة اي ان لم يكن لها عصبة نسبية وسببية فولاية التزويج للام ثم للاخت
لاب وام ثم الاخت لاب ثم للاخ والاخت لام ثم لاولادهم ثم للعمات ثم للخالات ثم لبنات الاعمام هذا هو
كذا في الكافي ومنعهم محمد رحمه الله وهو القياس وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ليس للصغير والصغيرة
لغير العصبات ولاية وهو قول الثلثة كذا في العيون وقول ابي يوسف رحمه الله مضطرب ففي رواية
كتاب النكاح قوله مع ابي حنيفة وفي رواية كتاب الولاء قوله مع محمد رحمه الله كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير
واذا لم توجد العصبة فالولاية للسلطان او نائبه وهو القاضي لقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات
ولقوله السلطان ولي من لا ولي له ولانه يستحق الولاية بالقرابة الباعثة على الشفقة وهي موجودة

في الام والخال وذوي الارحام يقومون في الانكاح مقام العصبات عند عدمهم كما قاموا في الارث
مقامهم وما رواه يدل على ان الانكاح للعصبات عند وجودهم واما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه
لا ينفي الجواز عن غيره ايضا مثل قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف فان تخصيص السيف بالذكر
لا يدل على نفي ما عداه وذكر الكرخي ان ابا يوسف مع محمد رحمهما الله في هذه المسئلة واكثر الروايات على انه مع
ابي حنيفة رحمه الله ثم يتولى مولى الموالاة على قول ابي حنيفة رحمه الله فله تزويج الصغير والصغيرة اذا لم يكن لهما
قريب وعلى قول محمد رحمه الله ليس له ذلك لانه وارث مؤخر من ذوي الارحام فكذا في الولاية والوصي ليس بولي
اوصى اليه الاب بالنكاح او لم يوص وقال مالك ان اوصى اليه فهو ولي وهكذا روى هشام في النوادر
عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابن ابي ليلى هو ولي في الوجهين لنا قوله عليه السلام الانكاح الى العصبات
وكذا لو كان الصغير والصغيرة في حجر رجل يعولهما لا يملك تزويجهما لان حاله دون حال الوصي
والفاسق يلي تزويج الصغير والصغيرة خلافا للشافعي رحمه الله والصحيح من مذهبنا لان الشفقة
داعية الى النظر كذا ذكر قاضي خان ثم القاضي عنده واما عند محمد رحمه الله فهو متقدم على ذوي الارحام
ومولى الموالاة ايضا لهذا ولاية لهم عند محمد على الام والجد الصحيح اولى من الاخ في ولاية الانكاح عند
ابي حنيفة رحمه الله مطلقا سواء كان لاب وام او لاب واذا اجتمع للصغير والصغيرة اخوان لاب وام فايهما
زوج جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ما لم يجتمعا كالموليين في حق العبد والامة ولنا قوله عليه السلام اذا
انكح الوليان فالاول احق كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان واثبتاه اي لكل واحد منهما اي من الجد والاخ
ولاية انكاح الصغير والصغيرة على حدة مستقلا لان الجد يدلي الى الصبي بواسطة انه ابو ابيه
والاخ يدلي اليه بواسطة انه ابن ابيه ففي الجد رجحان من حيث انه اصل وفي الاخ رجحان من حيث
ان الابن اولى في العصوبة من الاب فاستويا في الولاية نظرا الى الصبي
ولان الجد اقوى قرابة ولهذا يرث مع الابن والاخ لا يرث معه فلا وجه لتسويتهما مع اختلاف
سبب عصوبتهما لان سبب عصوبة الجد الجزئية وسبب عصوبة الاخ المجاورة في الصلب والرحم وزوج
محمد رحمه الله ابا المجنونة في ولاية انكاحها على ابنها اذا اجتمع الابن والاب في ولايتها فينكح الاب
لان الاب لها انظر وشفقته عليها اوفر ولهذا ثبت الولاية في مالها للاب دون الابن فكان
الاب اولى وعكسا وقالا ولاية انكاحها للابن لان ولاية الانكاح يبتني على العصوبة والابن يقدم
على الاب في العصوبة والعبرة للمتقدم فيها لا لزيادة الشفقة بدليل ان الاخ مقدم على ابي الام مع انه
اشفق وعن ابي يوسف رحمه الله ان الاب مقدم لو اجتمع مع الابن احتراما له وقالا ان فيهما رحمه الله للابن

ولاية تزويج الام المجنونة الا ان يكون من عصبتها لان الولد جزء منها وليس لها تزويج نفسها عند عدم
فكذا الجزء ولنا انه عصبتها فيدخل فيما روينا كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ويجيز ابو يوسف رحمه الله
للاب تزويج عبد الصغير من امته اي امة الصغير لان الاب كان يملك تزويج امة الصغير من غير عبد الصغير
فيملك تزويجها من عبده وقالا لا يملك تزويجها عبد الصغير لانه ينتقص قيمته بلزوم المهر والنفقة
عليه فلا يملك تزويجه من امته ايضا لان لهذا جزئين هذا المجموع انه لم يكن جايزا له لا يملك المجموع الا
بالضرورة واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة فعقد النكاح الابعد نحن اجزناه فلا يبطل
عقده اذا جاء الاقرب وقال زفر رحمه الله لا يجوز لاحد من الولي الابعد ولا القاضي حتى يحضر الاقرب
او يحضر وكيله فيزوج لان الاقرب هو الاصل والابعد خلف عنه فاذا وجد الاقرب يبطل عقد الولي
الابعد كالماء لو وجد يبطل حكم التيمم ولنا ان الاقرب كان في حكم المعدوم لعدم الانتفاع به فتعين
ان يحصل المقصود بالخلف وبعد حصول المقصود به لا يبطل حكمه بالاصل كمن يتيمم مع وجود الماء النجس
فصلى ثم وجد الماء الطاهر لا يبطل الصلوة ونحن نعقده اي الولي الابعد بعد غياب الاقرب غيبة منقطعة
على القاضي وقال الشافعي رحمه الله القاضي مقدم على الولي الابعد فيجوز عقده عند غيبة الاقرب لان
ولاية الاقرب لم تبطل بغيبته كما لم يبطل ولايته في ماله لكن بغيبته صار كانه منع حق الصغير
في تزويج الصغيرة الكفو فيقوم القاضي مقامه دفعا للظلم ولنا ان الولاية شرعت للاولياء
للقرابة الداعية الى شفقتهم فلما لم ينتفع بالاقرب لغيبته ينتقل الولاية الى الابعد نظرا الى المولى
عليه فصار كما لو مات الاقرب او جن ونيابة القاضي كيف تتحقق ولم يوجد من الاقرب ظلم ولم يرد في
قوله ان الشافعي رحمه الله ههنا لانه في طرف النفي لان قوله لا يقدم القاضي على الولي الابعد واما ولايته
فيعلم من قوله ثم القاضي فاذا صح عدم التقديم على الولي الابعد في قولنا يعلم تقديم القاضي
عليه في قول المخالف فقط وزوج ابا المجنونة على ابنها فيلزم عدم ترجيح ابنها لانه ليس طرفي النفي فلا
يفهم قولهما وهو تقديم الابن على الاب فيحتاج الى الالحاق تأمل ونحن فسرناه اي الغيبة المنقطعة
بان يفوت الكفو الخاطب بحيث لو انتظر الى حضوره يفوت هذا النكاح ان تأخر الى ان يعرف
الامر واليه مال اكثر المشايخ منهم الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والامام الائمة السرخسي رحمهم الله واليه
مال صاحب الهداية وهو اقرب الى الفقه باستطلاع رأيه اي باستعلام راي الولي الاقرب في حد الغيبة
المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى
مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه فيتعلق الحكم بالادنى وهو اختيار المتأخرين ورواية عن محمد رحمه الله
اسـ

وعليه الفتوى كذا في الكافي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري رحمهم الله وعن ابي يوسف رحمه الله
ثلث روايات في رواية قال من جابلقا الى جابلصا وهما قريتان احديهما بالمغرب والاخرى بالمشرق وفيه
اشارة الى انه لا يثبت الولاية للابعد كما قال زفر وفي رواية من بغداد الى الري وهي عشرون مرحلة كذا
رواية عن محمد رحمه الله وعنه من الكوفة الى الري وهي خمسة عشر مرحلة وجملة المراحل ثمانية فراسخ وفي
رواية قدر مسيرة شهر ومن المشايخ من قال الغيبة المنقطعة ان لا يتوقف او يكون منقوعا والى
هذا مال القاضي الامام السغدي عليه الرحمة حتى قال لو كان في بلدة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة
حتى لو كان مختفيا في البلدة بحيث لا يتوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهو المناسب لقول زفر رحمه الله
واشار اليه بقوله لا يجهل مكانه نفي لقول زفر رحمه الله فانه قد شرط ان لا يعرف مكان الاقرب فاذا عرف مكانه
ينتفع برايه فلا يثبت الانقطاع ويعتبر الكفاءة بين الزوج والزوجة بان يكون الزوج نظيرا للزوجة
هذا في ابتداء النكاح حتى لو زال بعده لا ينفسخ النكاح ولا يكون للولي الاعتراض كذا في الفتاوى الظهيرية
واعلم ان الكفاءة انما تعتبر في حق النساء خاصة حتى ان الرجل الشريف اذا تزوج امرأة وضيعة
ليس للاولياء الاعتراض وان لم يكن لها كفوا كذا في الينابيع وانما اعتبر الكفاءة لقوله عليه السلام
الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجهن الا من الاكفاء في الدين اي في الفتوى فلا يكون
الفاسق كفوا للصالحة روي عن محمد بن ابي حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في الصلاح معتبرة حتى ان امرأة
من بنات الصالحين اذا زوجت نفسها من فاسق يرد عقدها وهو اختيار الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل
وعن ابي يوسف ان كان الفاسق ذا مهابة وهيبة يكون كفوا ايريد به اعوان السلطان وجعل محمد رحمه الله
الفاسق كفوا للصالحة لان التقوى في امور الاخرة فلا يفوت بفواته مقاصد النكاح الا لو استخف به
اي بالفسق بحيث يخرج سكران ويلعب به الصبيان ويستخف الناس فلا يكون كفوا للصالحة لانه تعيير به
فيفوت بعض المقاصد وفي المال فلا يكون الفقير كفوا للغنية بملك المهر المعجل وهو ما تعارفوا على
تعجيله لانه بدل البضع فلا بد من تملكه واعطائه ويكفي الزوج وما زاد عليه فهو مؤجل عرفا فلا يشترط
القدرة عليه والنفقة لان الازدواج بينهما انما يقوم بها وهي مقدرة بنفقة كل يوم وقيل بنفقة كل
شهر وقيل بنفقة كل ستة اشهر فمن يجد مهرا ولا نفقة او وجد احدهما دون الاخر لا يكون كفوا لها لان
لها ان يحبس نفسها لاستيفاء المهر وبعدما استوفت مهرها لا يمكنها المقام بدون النفقة فلا يحصل
مقاصد النكاح وعن ابي يوسف لو كان قادرا على المهر والكسب على ما ينفق عليها كان كفوا وهو
الصحيح لان المال غاد ورائح فلا يعتبر كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير فيعرف من هذا ان الكثرة

المال وقلتها لا يعتبر في الكفاءة في ظاهر الرواية كما اعتبره المتأخرون لو قدر عليهما الا ان كثرته مذموم
في الاصل وانه سبب الهلاك في الاخرة هذا لو كانت الزوجة كبيرة وان كانت صغيرة لا يطيق الجماع
لا يعتبر نفقتها لانه لا نفقة لها ولو كان تجد نفقة نفسه فهو كفو ويعتبرها ابو يوسف رحمه الله في رواية
النفقة في كفاية المال دونه اي دون المهر لان المسامحة تجري في المهر ويعد الابن قادرا عليه بيسار
ابيه لان الاباء يتحملون المهر عن الابناء في العادة ولا يتحملون النفقة الدائمة فاذا قدر على المهر
دون النفقة لا يكون كفوا عنده ايضا ويجعل ابو يوسف الزوج بملكهما اي يجعل من كان يملك المهر والنفقة
كفو الفائقة الغنى وقالا لا يكون كفوا لها لان الناس يتفاخرون بالغنى ويعيرون بالفقر قالت عائشة رضي الله عنها
رايت ذا الغنى مهيبا والفقير مهينا له ان مصالح النكاح ينتظم بهما وما عداهما لا يعتبر لكونه ابدا
على قدر الحاجة ولان المال غاد ورائح فلا ثبات له وههنا روايتان في رواية لا يعتبر كثرة المال كما
هو ظاهر الرواية حتى تكون البيطار كفوا للعطار وفي رواية الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحايك و
الحجام كذا في الكفاية واعتبر محمد رحمه الله فيهما اي في الكفاءة الصنايع لان الناس يتفخرون بشرفها ويعيرون
بدناءتها فالبيطار لا يكون كفوا للعطار وعن الامام الاعظم روايتان في اعتبار الصنايع وعدمها وجه
الاعتبار وقوع التفاخر بشرف الصنايع ودناءتها ووجه الاخرى ان الحرفة ليست مما يلزم لامكان
التحول من الدنيئة الى الشريفة وذكر في فتاوى القاضي الامام فخر الدين رحمه الله في ظاهر الرواية عن ابي
حنيفة رحمه الله لا يعتبر الحرفة ويكون البيطار كفوا للعطار وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واحدى
الروايتين عن ابي حنيفة صاحب الحرفة الدنيئة كالبيطار والحجام والحايك والكناس والدباغ لا يكون كفوا
للعطار والبزاز والصيرفي وذكر صاحب المحيط والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في الحرف غير معتبرة
اصلا وهو ظاهر الروايتين عنه حتى يكون البيطار كفوا للعطار ويعتبرها ابو يوسف الكفاءة في الصنايع
في رواية ويعكس اي لا يعتبرها في رواية اخرى عنه كما ذكر وقيل الاختلاف في الصنايع اختلاف عصر
وزمان ففي زمان ابي حنيفة رحمه الله الدناءة في الحرفة لا تعد منقصة فلم تعتبر وفي زمانهما تعد منقصة فاعتبراها
في الكفاءة كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير الا انه يجب التفاوت بين الحرفتين كالدباغ والبزاز
واعلم ان في بلادهم اعتبروا النسب في الكفاءة ولم يقتصروا على الدين قالوا اعتبار الكفاءة
غير مقصور على الدين وقال الكرخي رحمه الله الكفاءة مقصورة على الدين لان الدين افضل من غيره وعنه في
الحرية والسلامة عن العيوب ايضا كذا في العيون ولنا قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض
بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل اراد بالموالي العجم وانما سموا

لا يكون

الموالي لان بلادهم فتحت عنوة بايدي العرب وكان العرب استرقاقهم فلما تركوهم على حالهم احرارا فكانه اعتقوهم وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى انهم ضيعوا انسابهم ولا يفتخرون بها واما التفاضل فيما بين القرشيين فلا يعتبر لاطلاق النص وعن ابي حنيفة رحمه الله في الاسلام فقط وفي جوامع الفقه يعتبر في المال والاسلام عن العيوب كذا في العيون وجعل ابو يوسف رحمه الله الاب فقط في الاسلام او الحرية للاب كفوا للذي ابوين اي للذي له ابوان مسلمان او حران الحاقا للواحد بالاثنين كما هو مذهبه في تعريف الشاهد وقالا لا يكون كفوا لمن كان له ابوان في الاسلام لمن كان ابوه وجده مسلمين او حرين لان تمام النسب بالجد فان من كان له اب في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان مسلمان اتفاقا هذا الخلاف في العجم لان مفاخرتهم بالاسلام والحرية والمال لا بالانساب وروي ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم تفاخروا بالانساب فلما انتهوا الى سلمان قال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك الى عمر رضي الله عنه فبكى وقال ابن الاسلام واما العرب فمن اسلم بنفسه منهم يكون كفوا لامرأة لها ابوان في الاسلام لان مفاخرتهم بالانساب في نسب كلهم شريف لاتصالهم الى ابراهيم عليه السلام كذا في الكافي ويستوي من كان له الابوان والاكثر اي من كان ابوان مسلمين يكون كفوا لمن آباؤه مسلمين لان ما فوق الجد لا يعرف غالبا فلا يشترط اسلامه فان زوجت نفسها او وكلت رجلا للتزويج كذا ذكره في شرح الجامع الصغير لقاضي خان بغير اذن ولي غير كفو جاز للاولياء من العصبة التفريق اي لهم حق الاعتراض عليها او يطلبوا التفريق بينهما من الحاكم لحوق العار منها منصاهرة غير الكفو ثم النكاح صحيح باق مع احكامه الى ان يفرق القاضي وهذا لا يكون الا عند القاضي لانه مختلف فيه بين العلماء فكل واحد من الخصمين يتمسك بنوع دليل وقول واحد من العلماء فلا يتحقق الالزام الا ممن له ولاية الالزام ولم يحكم القاضي بالتفريق بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء باق بينهما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله عدم الجواز وقد مر الرواية عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تفريع جواز النكاح بعبارة النساء بتفاصيلها وفي الخانية هذا القول احوط والمختار للفتوى في زماننا اذ ليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فسد هذا الباب اولى فالمطلقة ثلثا لو زوجت نفسها من غير كفو ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل على الزوج الاول على ما هو المختار وهذا مما يجب حفظه كذا في الحقايق وروى عن محمد رحمه الله ان النكاح بدون اذن الولي باطل وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وعن مالك ان كانت خسيسة ينعقد وان كانت شريفة لا كذا في العيون وسكوت الولي وان طالت المدة لا يكون رضا ولو خاصم في نفقتها او قبض مهرها يكون رضا ولو فارقها بعد رضا الولي بنكاحها ثم تزوجت منه بدون رضاه فله ان يفرق بينهما لان حق الفسخ تجدد بتجدد النكاح كذا في المحيط ولا يكون هذا التفريق طلاقا لانه فسخ لاصل النكاح

ولهذا لم يجز عليه شيء اذا لم يدخل بها وان دخل بها او خلا خلوة صحيحة فلزمه كل المسمى ونفقة العدة وعليها العدة هذا اذا لم تكن ولدت منه فاذا ولدت منه ليس للاولياء حق الاعتراض كيلا يضيع الولد كذا في النوازل وفي مبسوط شيخ الاسلام اذا تزوجت المراة نفسها من غير كفو فعلم بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان تخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق البكر نصا بخلاف القياس وان رضي الابعد فللاقرب حق الاعتراض ان اختلفوا فرضي بعض الاولياء وتبعه ابو يوسف رحمه الله في النوادر لبعضهم اي لبعض الاولياء المتساوية في الدرجة وهو قول الشافعي وان رضي الاقرب فليس لمن دونه حق الاعتراض ولم يرض بعض بتزويجها بغير كفو وقالا ليس لغير الراضين منهم حق الاعتراض لان حق الاعتراض حق لا يتجزى كالامان والعفو عن القصاص فابطال احدهم تبطل عن الباقين ولنا ان الكفاءة حق الكل فلا يسقط الا باسقاط الكل كما لو كان لهم دين فباسقاط احدهم حقه لا يسقط عن الباقين وان وجبت المهر بغير كفو ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي والزم الزوج مهرها والزمها العدة ثم تزوجها ذلك الرجل في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل الدخول كان لها مهر الثاني كاملا على الزوج وعليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بد منه المهر كاملا وعليها بقية العدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا مهر ولا عدة عليها كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير لهما ان المعرفة حصلت بعد المس الاول حكما وحكمه قائم وهو ثبوت النسب الى سنتين وبقاء حكم المس يوجب حكم المس ولمحمد رحمه الله ان العدة وجبت بالفرقة الاولى الا انها عجزت عن الاداء حال قيام النكاح فاذا طلقها زال المانع من الاداء كمن اشترى معتدة ثم اعتقها كان عليها بقية العدة ولزفر ان هذه فرقة حصلت قبل المس فلا يجب العدة لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وللولي الاعتراض عند ابي حنيفة رحمه الله فان نقصت الحرة العاقلة البالغة مهرها مقدارا يتغابن الناس في تزويج نفسها من غير ولي من كفو من مهر مثلها حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها ومنعه ابو يوسف رحمه الله الحقي عن الاعتراض في ظاهر الرواية عنه وهو قول محمد المرجوع اليه كذا في العيون والا فلا معنى لعدم الاعتراض عليها في قوله عدم الانعقاد بلا ولي لان ما زاد على العشرة خالص حقها فلها ان تهبه كما بعد التسمية وله ان تمام المهر حق الولي لانه يعير بنقصانه فله الاعتراض دفعا للعار عن نفسه وانما حق المراة الاستيفاء وان اكرها اي الولي والمرأة جميعا على النكاح فنكحت بدون مهر المثل يذكر الفعل تغليبا ثم زال الاكراه عنهما معا فرضيت المراة بذلك النكاح ولم يرض الولي فله ايضا اي للولي حق الاعتراض عند ابي حنيفة رحمه الله كما سبق ومنعه محمد رحمه الله الولي

عن الاعتراض كابي يوسف وهذا انما يصح على قول محمد رحمه الله المرجوع اليه في النكاح بغير ولي وهو قول
ابي حنيفة رحمه الله لان نكاح امرأة لو انتقصت عن مهر مثلها يكون موقوفا على اجازة الولي عنه في قوله الاول
ان شاء اجاز وان شاء فسخ فلا يتصور الاعتراض عنه ونحن نجيز تولي طرفي النكاح ولو كان
بلفظة واحدة مثل تزوجت فلانة بفلان فيكون الواحد عاقدا من الطرفين وليا ذكر العاقد من
الجانبين او وليا من جانب ووكيلا من جانب بان يوكل الزوج رجلا بان يزوجه بنته الصغيرة او
اصيلا ووكيلا بان وكلت المرأة رجلا بان يزوجها نفسه فيتزوجها او وليا واصيلا لكن تزوج بنت
عمه الصغيرة من نفسه بان قال زوجت فلانة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز في جميع هذه الصور النكاح لان
يقتضي ايجابا وقبولا وتمليكا والواحد لا يصلح لهما لانهما متنافيان كما في البيع ولنا ان العاقد
في النكاح سفير محض ومعبر محض فلا يرجع الحقوق اليه وقوله زوجت فلانة من فلان يتضمن
شطري النكاح فلا حاجة الى القبول والواحد يصلح قائما من اثنين في الكلام والحقوق يرجع الى
المتزوجين فلا يؤدي الى الحكمين متضادين من كون الواحد طالبا ومطلوبا ومسلما ومتسلما بخلاف
البيع فان الحقوق يرجع الى العاقد فلا يجوزان يتولى طرفي البيع لما ذكرنا واقرار الولي الصغير و
الصغيرة والوكيل ومولى العبد بالنكاح وتزويجها غيرنا فذ عليهم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ببينة
او تصديق منهم حتى لو لم يوجد بينة على نكاح الصغير والصغيرة يكون اقراره موقوفا على بلوغهما
فاذا بلغا وصدقا ينفذ النكاح عليهما والا فلا وقالا ينفذ اقرارهم عليهم في الحال بلا بينة لان المقر
بالنكاح ادعى امرا ينفرد باستينافه حتى لو انشا النكاح عليهم لنفذ فينفذ اقرارهم ايضا كما ينفذ اقرار
الوكيل بالبيع واقرار الولي والوصي بيبع الهما وله ان النكاح علانية شرعا وبين الشهود وعلانية
عادة وبين الاعلان فلا يصدق في اقراره بدون العلانية بخلاف الاقرار بالبيع والتصرف في مالهما
لان الشهود ليست بشرط فيهما وينفذ اقرار المولى في نكاح الامة اجماعا لان منافع بضعها مملوكة
له فاذا اقر بها ينفذ اقراره عليه ونحن نجيز عقد الفضولي وهو عقد من لم يكن وليا ولا اصيلا من
جانب كما لو تزوج امرأة بغير امرها رجلا فقبلت ينعقد عليه موقوفا على الاجازة وقال الشافعي
لا ينعقد وهذا الخلاف مبني على جواز الفضولي عندنا موقوفا ولا يجوز عنده ودلايل الطرفين
قد سبقت في فصل خيار الرؤية ويجيز ابو يوسف عقد الفضولي من جانبين كما لو قال
زوجت فلانة من فلان وهما غايبان بغير امرهما فينعقد عنده موقوفا على اجازتهما وقالا لا ينعقد وكذا
الخلاف فيما لو كان العاقد اصيلا او وليا او وكيلا من جانب وفضوليا من جانب اخر وهذا اذا تكلم
الفضولي بكلام واحد وان تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه يتوقف على اجازتهما كذا
في النهاية لان الكلام الواحد في النكاح يقوم مقام الكلامين فصار كما اذا كان وليا لهما او وكيلا عنهما او
وليا من جانب ووكيلا من جانب في قال زوجت فلانة من جانب وكما قال الزوج خالعت امرأتي على كذا وهي
غايبة فبلغها الخبر فقبلت جاز وكذا الطلاق والعتاق على مال ولهما ان العقد لا يتم موقوفا على ما وراء
المجلس وشطر العقد لا يكون موقوفا على ما وراءه لان الرجوع ممكن فيه قبل قبول الآخر كما في البيع
بخلاف ما ذكر من الصور لان الولي الحكم ولاية من الجانبين صار كشخص كذا الوكيل انتقل كلامه الى
الزوجين وبخلاف الخلع والاعتاق على مال لان فيهما معنى تعليق الطلاق والاعتاق بالقبول
والنكاح لا يحتمل التعليق ويصح العقد من الفضوليين اتفاقا لانه يتم بهما

فصل

في المهر يصح النكاح بغير تسمية مهر فيجب مهر المثل لان وجوب المهر يثبت بالشرع فلا يتوقف على التسمية
لان معنى النكاح لغة الضم والازدواج فيتم بالزوجين لكن يجب مهر المثل لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط كذا في النوازل ونحن لا ننقصه عن عشرة دراهم شرعية اظهارا
لشرف المحل المعتد به الخطر وقال الشافعي رحمه الله استدلالا بنصاب السرقة فما جاز ان يكون ثمنا
جاز ان يكون مهرا وهو قول احمد رحمه الله لانه حقها وبدل بضعها فكان التصرف اليها كما في البيع وقال مالك اقله ربع
دينار او ثلثة دراهم كذا في العيون ولنا ان المهر حق الشرع لانه مقابل بالبضع الا يرى انه لا يقبل الاباحة
مهمنا والتبليغ الى مهر المثل حق الاولياء والاستيفاء والاسقاط بعد الثبوت حق المرأة كذا في النوازل و
لما روى انه عليه السلام قال لا مهر اقل من عشرة دراهم والمالكية قولهم ان تبتغوا باموالكم كان مجملا وهذا بيانا
له ولو تزوجها على قطعة فضة وزنه عشرة ولا يساوي عشرة مضروبة جاز ولو كان هذا في السرقة لا يقطع
اليد حتى يكون عشرة دراهم في الوزن والقيمة جميعا لان القطع يندرئ بالشبهات ولو سمى المهر اقل من عشرة
دراهم وهي خمسة مثلا نحن اتممناه بالدخول والموت او الخلوة بها وعند الثلثة يجب المسمى بها كذا في العيون ونحن
تركنا مهر المثل وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كانه لم يسم ولنا من التسمية فيه
لوجود الاسقاط من حق الشرع وهو العشرة فيكمل بخلاف ما اذا لم يسم شيئا لانها رضيت بلا مال اظهارا
الكرم فلا تعوض بالقليل فيوجب الموجب الاصلي وهو مهر المثل فلو طلقها قبل الدخول تجب خمسة دراهم و عند
زفر رحمه الله تجب المتعة كما اذا لم يسم وعند الثلثة يجب نصف المسمى لانه يصح التسمية او سمى المهر اكثر من العشرة
وجب بدخوله لانها وجب بتسليم المبدل تحقق تسليم البدل وبه يتأكد البدل وبموته وكذا يجب
بموتها كذا في شرح الهداية لان بالنكاح ينتهي نهايته لانه عقد العمر فيتأكد به وبتقرر فان طلقها قبل

ينصف المهر المسمى لقوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون
اى الزوجة المطلقة قبل الدخول فتترك طلب نصف المهر ولو تزوجها على ثوب قيمته عشرة فقبضته وقيمته عشرون
وطلقها قبل الدخول والثوب لكن دون عشرة لانه دخل فى ضمانها بالقبض فيعتبر قيمته يوم القبض كذا فى الجامع وايضا
والشافعى رحمه الله لم يجوز ذلك للاب اى لاب المطلقة ان يعفو ذلك النصف وقال مالك جاز له العفو كما جاز له العفو
كما جاز للزوجة فتترك طلبه وهذا بناء على الاختلاف فى تفسير قوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون اى المطلقات
او يعفو الذى بيده عقدة النكاح والمراد من قوله الذى بيده هو الاب عند مالك رحمه الله لانه هو العاقد او
الولى فجاز له العفو وعندنا المراد به الزوج ومن العفو الفضل كذا قرره المفسرون فمعنى قوله او
يعفو الذى بيده عقدة النكاح الا ان يفضل الزوج ويعطى كل المهر احسانا اليها ويؤيده قوله تعالى ولا تنسوا
الفضل بينكم فانه روى ان سعد بن وقاص رضى الله عنه عرض على جبير بن مطعم رضى الله عنه بنتا فتزوجها فلما خرج من
عنده طلقها واوفى صداقها كملا فقيل لم تزوجت قال لانه عرض على ولم طلقت قال فاين الفضل فى
قوله تعالى فلا تنسوا الفضل او يعفو الزوج فيحتمل ذلك لكن ضعيف لان المهر خالص حقها فلا يملك ان يعطى
يتبرع به كما لا يملك فى ساير ديونها ولا متعة لها اى المطلقة قبل الدخول نفى لما وقع فى المنظومة من
وجوب المتعة لهذه المطلقة لكونه مخالفا كما صرح فى الذخيرة والهداية فلذلك اسقط الخلاف فى المجمع لان
بالنص ان حقها نصف المسمى وان لم يسم فى العقد مهرا او يشترط ان لا مهر لها نوجب مهر المثل بالعقد
ان دخل بها او مات لا بالدخول نفى لقول من الشافعى رحمه الله فانه قال يجب مهر المثل ان دخل بها وان مات
لا يجب شئ لقول ابن عباس رضى الله عنه تحسبها الميراث اى يكفيها لان المهر خالص حقها فيملك نفيها ابتداء
كما يملك اسقاطه انتهاء وعند مالك رحمه الله لا يصح النكاح لو نفى المهر لانه عقد معاوضة فيفسد بشرط
فاسد كالبيع بان لا ثمن ولنا ما روى عليه السلام قضى فى تزويج بنت واشق بمهر المثل وقد كانت
تزوجت بلا مهر ومات عنها زوجها والمهر لم يخل لصحتها بل حق الشرع ابتداء وحقها بقاء فيملك الابراء
ولا يملك نفيه ابتداء لانه تصرف فى حق الشرع وهذا الخلاف مبنى على اصل وهو ان المملوك بالعقد
مضمون بالمسمى ان سمى بالعقد والا وان لم يسم كان مضمونا بمهر المثل عندنا وعنده المهر ضمان زايد
ذكر فى العقد كان عوضا وان عقد من غير تسمية لم يجب بالعقد شئ ولو زوج امته عبده بغير مهر جاز ولا
مهر لها عليه لانه لو وجب للمولى فالمولى لا يستوجب على عبده دينا وقيل يجب حقا للشرع ثم يسقط لتعذر
ايفائه على العبد حقا للمولى وان طلقها اى المراة التى لم يسم لها مهرا قبله اى قبل الدخول فغاية [illegible] او
وجوب اى الزوج المتعة وقال مالك رحمه الله هى غير واجبة بل هى مستحبة لقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف

والمحسن للمتطوع ولنا قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
ومتعوهن والامر للوجوب والاحسان فى الاية من الايمان وتستحب المتعة فيما عدا الا المطلقة
واحدة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لان فى هذه الصورة لها نصف المهر المسمى فيقوم مقام
المتعة فلا يجتمعان وقال الشافعى رحمه الله تجب المتعة لكل مطلقة الا لهذه المطلقة فانها لا تجب لهذه المطلقة
فى اصح القولين منه وهو اختيار صاحب الهداية وفى قوله الاخر يستحب لهذه المطلقة ايضا وهو ما ذكر
فى المبسوط والحاصل ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول والتسمية وهى التى تجب لها المتعة ومطلقة بعد
الدخول وقد سمى لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهر وهى التى يستحب لها المتعة ومطلقة قبل الدخول
بعد التسمية وهى التى لا تجب لها المتعة فيجب درع يستر البدن وخمار يستر الراس وملحفة للخروج ان احتاج
اليه وعند الشافعى رحمه الله يقدرها الحاكم وعند احمد رحمه الله ادنى ما يجوز فيه الصلوة كذا فى العيون فالمتعة عبارة
عن هذه الاشياء عندنا وهذا التقدير مروى عن عايشة ومأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما وانما وجب المتعة
دفعا لوحشة الفراق باعتبار حاله اى حال الزوج وهو الصحيح كذا فى النوازل وذكر الطحاوى ان كانت
من الاسافل فمن الكرابيس وان كانت من الوسط فمن القز وان كانت من الاعالى فمن الابريسم ونحوه
صاحب الهداية عملا بالنص لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقيل يعتبر حالهما وهو قول
الكرخى وهذا اشبه فى النفقة وفى قوله تعالى بالمعروف اشارة اليه لان المتعة لو اعتبر بحال واحد
منهما لا تستوى المتعة بين الشريفة والوضيعة وذلك غير معروف بين الناس بل منكر وقيل
ما يراه القاضى لا يعتبر بحالها من الثياب وخاتم ولا تزاد المتعة على نصف مهر المثل لو كانت المتعة
اكثر منه لان المسمى اقوى من مهر المثل لان مهر المثل واجب بالعقد والمسمى واجب به وبالتسمية جميعا
والشرع لم يزد للمطلقة قبل الدخول على نصف المسمى ولا يزاد على نصف مهر المثل وانما لم يذكر فيها الخلاف
لان مذهب الشافعى رحمه الله انه ينبغى ان ينقص المتعة عن نصف مهر المثل وعندنا لا يستحق الزيادة
على نصف مهر المثل فلا خلاف فى الحقيقة ولا تنقص من خمسة دراهم الا عند الشافعى رحمه الله كذا
فى العيون ولو فرضها الزوج وسمى مهرا او رضيت هى به بعد العقد لم يسم لها مهر فيه فالمسمى لها ان
دخل بها او مات عنها او ماتت عنه وان طلقها قبل الدخول فنوجبها اى المتعة لا النصف نفى
لقول الشافعى رحمه الله فانه قال لها نصف المفروض وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا فى العيون وحكم
ابو يوسف رحمه الله بنصف المفروض كقول الشافعى رحمه الله فى قوله اى قوله الاول وبها اى بالمتعة
فى رواية اخرى ولو تركه قوله وبها فى لغوى اكتفاء بدخول قوله نوجبها لكان اخصر لكن يتوهم ان لا

في وجوب المتعة بغير ما يصرح قوله ويحكم به اذ لا يلزم من صيغة المتكلم مع الغير ان يكون قولا لكل
من ائمتنا اذ المراد من هذه الاشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله كما يقف عليه من تتبع هذا الكتاب لها
الطلاق قوله فنصف ما فرضتم والمفروض بعد العقد كالمفروض فيه فينصف ولنا ان النكاح انعقد
موجبا لمهر المثل وما سميناه بعد يكون تعيينا له بدليل انه لو دخل بها يجب المفروض المسمى دون مهر المثل و
لو لم يكن تعيينا لوجب مهر المثل مع المفروض كما لو زاد على المهر مع الزايد ومهر المثل لا ينصف لعدم تعيينه
فكذا ما وقع تعيينا له والمفروض المطلقة في الاية منصرف الى المعتاد وهو المسمى في العقد وان زاده
اي على المسماة للمرأة مهرها بعد العقد لزمته فوجبت الزيادة على الزوج وفي النوازل خلاف الزفر رحمه الله
وان طلقت هل ينصف بالطلاق قبل الدخول فعند ابي يوسف والثلثة رحمهم الله ينصف كذا في العيون
او حطت هي عن المهر صح الحط بالاجماع لان الحط حقها ابقاء والحط يلاقيه حالة البقاء هذا اذا لم يكن الحط
في ضمن العقد فان كان كما تزوجها على الف ثم بعد تزوجها على الفين يصح الزيادة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان العقد الثاني لم يثبت ما في ضمنه وهو الزيادة وعند ابي يوسف رحمه الله يصح لانهما قصدا
شيئين تجديد النكاح وزيادة المهر فبطل التجديد لان النكاح الاول لا ينفسخ بالثاني فثبت
الزيادة حملا على المؤكد اذكره الامام ابو بكر البخاري المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط ونص محمد رحمه الله
مع الاصيل انه طلقها قبل الدخول وانه لم يصح به لدلالة كلامه من المسائل الزيادة المتصلة التي
في يده كالسمن والجمال بعد قبض المسمى فاسقطناه وقالا لا ينصف الزيادة وعليها نصف قيمة الاصل
يوم قبضت لان تنصيف الزيادة غير ممكن لانها غير ثابتة في العقد وتنصيف الاصل بدونها غير ممكن
ايضا فرد المرأة نصف قيمة الاصل يوم قبض ولو لم يرد في قولها لتوهم قولهما مهر المثل والمتعة التي كان في
قولهما في طرف النفي وله ان تنصيف الاصل واجب والزيادة لما انتفى انفكاكها عنه تنصف تبعا له كالولد
الولد لانه صار اصلا بنفسه فلا يكون تبعا للاصل وفي المنتقى لو تزوجها على نخل صغار فطالت في يدها
فتنصيف الزايد يكون على هذا الخلاف ولو تزوجها على زرع فادرك في يدها فطلقها قبل الدخول
فلا سبيل للزوج على الزرع اتفاقا لانه قد خرج من الحالة التي تزوجها عليها وتبدل عما كان ولو كانت
الزيادة منفصلة كالولد والثمر لا ينصف اتفاقا ولما لم ينصف الزيادة لكونها غير ثابتة في
العقد لا ينصف الاصل فعليها نصف قيمة الاصل يوم قبضت ولو كان الزايد قبل قبضها
بل في يد الزوج فينصف بالطلاق قبل الدخول اتفاقا سواء كانت الزيادة متصلة او منفصلة
لالتحاقها بالعقد حكما ولو مهرها عبدا فقبضته ثم طلقها قبل الدخول فاعتقه الزوج العبد قبل

رد النصف اي رد المطلقة قبل الدخول النصف على الزوج بحكم من القاضي بالرد او تراض اي تراضيهما
نحو الفينا فلا ينفذ اعتاقها واعتقه هي قبل الدخول وقبل ان ترد النصف على الزوج بالحكم او بالتراضي
نحو انفذ تاما اي عتقها في كل العبد لا في نصفه باعتاق كل منهما من الزوج والزوجة نفي لقول زفر رحمه الله
فانه قال ينفذ اعتاقهما في نصف العبد اذا خرج كلاهما معا لان نصف العبد على ملك الزوج بمجرد
الطلاق قبل الدخول لانه ينصف المهر فينفذ اعتاق كل منهما في نصفه كالعبد المشترك ولنا ان العبد
ان قبضته الزوجة كان مملوكا لها من كل وجه وبالطلاق قبل الدخول يجب نقضه في نصف العبد لكنه
لا ينتقض الا بالقضاء او بالتراضي لقيام المبقي للملك الكافي لمكنة الطلاق كما لو ملك المبيع بالبيع
الفاسد بالقبض لا ينتقض الملك الا باحدهما فلا ينفذ اعتاق الزوج لمصادفته ملك الغير و
ينفذ اعتاقها لمصادفته ملكها فيجب عليها نصف قيمته ولو رهن الزوج عندها اي عند الزوجة ما
يساوي المهر قيمته ثم طلقها قبل الدخول فهلك الرهن نحن جعلناه المهر كما لكا بنصفه وجعلنا نصفه
كالامانة فلا يضمن الزوجة نصف المهر الذي هي تقول زفر رحمه الله فانه قال لما صار هالكا كل المهر صار
مستوفيا فكل مهر حكما فيجب عليها رد نصفه كما لو كانت مستوفية حقيقة قبل الطلاق وهلك قبل الطلاق
ولنا ان نصف المهر سقط عنه بطلاقه قبل الدخول فبقي جميع الرهن بنصف المهر فاذا هلك هلك
نصفه مضمونا ونصفه امانة بخلاف ما لو تقدم الهلاك على الطلاق بسبق استيفاء الكل بالهلاك فيجب
بالطلاق رد النصف ضرورة ولو رهن الزوج بمهر المثل شيئا فقبضته ثم طلقها قبله اي قبل الدخول
يبطله ابو يوسف رحمه الله الرهن فلا يجعل في مقابلة شيء حتى لو هلك لا يهلك بالمتعة فيهلك امانة وترجع
هي على الزوج بالمتعة وجعله اي الرهن رهنا بالمتعة فلها حبسه لاستيفاء المتعة ولو هلك يهلك
مضمونا بالمتعة ولو كانت قيمته اقل من قيمة المتعة ترجع الى تمام المتعة لان المتعة خلف عن مهر المثل
فيكون رهنا بخلفه كما لو رهن بالمسلم فيه يكون رهنا برأس المال لو ارتفع السلم ولنا ان الدين الذي
وضع الرهن به وهو مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول فيبطل الرهن والمتعة دين حادث بعد
الطلاق فلا يكون الرهن مشغولا به ولو كان الرهن بالمسمى طلقها قبل الدخول يكون رهنا بنصفه اتفاقا
ولو مهرها الزوج زوجته الفا كما في العقد فقبضته ثم وهبته الزوجة للزوج النصف اي نصف الالف
المقبوض ثم طلقها قبلها اي قبل الدخول يرجع الزوج على الزوجة بنصف الالف وقالا لا يرجع عليها
بنصف ما قبضت لان هبة البعض حط فلحق باصل العقد فكان العقد ورد على خمسمائة فينصف
بالطلاق قبل الدخول وكذا لو وهبت كل الالف بعد القبض يرجع عليها النصف وعند الثلثة لا يرجع

كما فى العين المعين كذا فى العيون لانه يجب عليها ان ترد نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ولم يصل اليه الهبة
عين ما يستحق لان الدراهم لا يتعين فى العقود فصار كهبتها الخر ولو امهرها الزوج الزوجة الفا كم
اليها نصفه ثم وهبت منها اى من الزوج النصف الباقى فى ذمته ثم طلقها قبلها اى قبل الدخول فرجوعا اى رجع
الزوج عليها بنصف ما قبضت بطل عند ابى حنيفة رحمه الله فلا يرجع بشىء وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت
وهو ربع الصداق لان هبة النصف الباقى حط فيلتحق باصل العقد فكانه وردها خمسمائة فيتنصف بالطلاق
قبل الدخول ولو كان ما قبضته فى هذه المسئلة اكثر من النصف كستمائة مثلا فعنده يرجع عليها اليسير ما وهب
لها نصفا وعندهما يرجع بثلثمائة كذا فى المصفى وله ان الحط فى النكاح لا يلتحق باصل العقد الا يرى انه
لو حطت عن الزوج الخمسة لم يتكمل لها عشرة اعتبارا بالابتداء ولو يلتحق الحط باصل العقد لكمل كما
لم يلتحق زيادته ولهذا لا ينتصف الزايد بالطلاق قبل الدخول فاذا لم يلتحق فحقه وهو نصف جميع المهر و
قد وصل اليه فلا يرجع بخلاف الحط فى البيع لان الحط والزيادة فيه يلتحق باصل العقد لامكان
الاقالة فيه فكانهما فسخا العقد الاول وجددا العقد كذا واما النكاح فلا يقبل الفسخ بالاقالة فلا يلحق
باصل العقد ولو كانت الالف المهر دينا على الزوج فوهبته قبل القبض او كان المهر عينا بان كان عرضا
معينا او ثابتا فى الذمة بان يكون مكيلا او موزونا او شيئا اخر فوهبته منه اى ذلك العرض من
الزوج مطلقا اى قبل القبض وبعده ولكن بعينهما فى العقد فيتعين بالقبض ثم طلقها قبل الدخول
نحو منعناه اى الزوج من الرجوع بالنصف استحسانا وقال زفر رحمه الله يرجع عليها بمثل نصف الالف
وبنصف قيمة ذلك العرض وهو القياس لان حق الزوج ان يسلم له نصف المهر بالطلاق قبل الدخول
وههنا سلم له بالابراء والهبة لا بالطلاق واختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين ولهذا لو قال
لرجل وهبت لى جاريتك فقال المولى لا بل زوجتك لا يحل له وطئها وان اتفقا على حلها ولنا ان حق الزوج
فى الطلاق قبل الدخول ان يحصل له نصف المهر من جهتها بلا عوض وقد وجد فلا يبالى باختلاف السبب
عند حصول المقصود كما لو باع بيعا فاسدا وقبض المشترى المبيع ثم وهبه للبايع لا ينقض لحصول
المقصود ولا يبالى باختلاف السبب وانما لم يثبت الحل فى الجارية لان كلا منهما لم يثبت ما ادعاه فانكر
مدعى الاخر وذكر فى الهداية فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها
رجع عليها بخمسمائة ولم يذكر المصنف هذه المسئلة فقيل هذه صريحا بل تعرض حكمها من قوله ولو امهرها الفا
ولهذا قيده هنا بقبل القبض ولو لم يقيد لزم التكرار وما ذكر فى الجامع الصغير فى الصحيح وهو قوله
فقبضتها ووهبته النصف له وهبت قبل القبض لا يرجع بالاتفاق وبعد القبض فيه خلاف زفر رحمه الله لمخالفة المرأة

ثم طلقها يرجع النصف وحيث قال بعده فان لم يقبض الالف حتى وهبت له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله كما ذكر
ههنا ولو سمى خمرا او خنزيرا بجعلهما مهرا صح النكاح لان اشتراط قبول الخمر والخنزير يجعل شرطا فى العقد
والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فكانه لم يسم شيئا وعند مالك رحمه الله النكاح فاسد لانه لما كان ايجاب
الخمر لعقد على المسلم فكان باطلا كذا فى شرح الهداية وفى العيون صح النكاح بالاجماع الا فى رواية عن مالك رحمه الله
فسد وعند الشافعى ولم يجب عصير فى خمر وقيمة فى خنزير ووجب مهر المثل لان العقد لا يجوز اخلاؤه
عن المال والمسمى ليس بمال فى حق المسلم فلم يجز اخلاؤه عن المال كما مر وهذا لم يكن قيمة ظرف الخمر عشرة
دراهم ففى رواية عن محمد رحمه الله لها الدية لا غير فصار كما لو جمع بين الخل والخمر وفى رواية لها مهر المثل لان
المقصود بالعقد هو المظروف فاذا الغى الخمر التسمية فقد لغى ظرفه كذا فى المحيط ولو سمى هذا العبد و
هذا الخل فكان حرا وخمرا فلها مهر المثل عند ابى حنيفة رحمه الله ويحكم ابو يوسف رحمه الله على الزوج بقيمة الحر لو كان
عبدا او مثل الخمر خلا لو كان خلا وهو رواية عن الشافعى ولهم رحمهما الله ووافق محمد رحمه الله الاول اى ابا حنيفة رحمه الله
فى المسئلة الاولى فاوجب مهر المثل ووافق الثانى اى ابا يوسف رحمه الله فى المسئلة الثانية واوجب الخل مثل الخمر
وزنا فمبنى هذه المسئلة ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من جنس المسمى لا يعتبر بخلافه لو كان
لانها تابع للذات ولو كان من خلاف جنسه فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة
الا يرى لو من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت
فاذا هو اخضر ينعقد البيع لاتحاد الجنس وهذا الاصل متفق عليه لكن الخلاف فى التخريج فعند ابى حنيفة رحمه الله
الحر والعبد جنس واحد وكذا الخل والخمر لان الاختلاف المعانى والصفات فى ذات واحدة وصورة واحدة لان
الحرير فيصير رقيقا والخمر خلا فيصير خلا لانهما صفتان متعاقبتان على ذات واحدة ومثل هذا لا يوجب
اختلاف المجانسة كالصغير والكبير فيعتبر الاشارة فيهما لكونها ابلغ لان التسمية يحتمل المجاز لان
الشىء قد يسمى باسم مجازا الا يرى لو من قال لامرأته هذه الكلبة طالق طلقت او قال العبد هذا الحر عتق
يعتق وعند ابى يوسف رحمه الله الحر والعبد جنسان مختلفان وكذا الخمر والخل لانهما انفصلا صورة واختلفا اسما
ومعنى وهذا اختلاف جنس ففى الجنس الواحد اعتبر الاشارة وفى الجنسين اعتبر التسمية والاعتبار على هذا الوجه
اولى من العكس لان المرأة رضيت بالمسمى وعند قلة التفاوت لو علق حق المرأة فى المشار اليه لا يتضرر
كثير ضرر فيتعلق بالمسمى والتفاوت فى جنس الواحد يسير وفى الجنسين كثير فيتعلق بالمسمى ولو علق حقها
بالمشار اليه لتضررت كثيرا وعند محمد رحمه الله العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع والخمر والخل

جنسان لتحقق التفاوت في المقاصد أو تزوج على هذين العبدين وكان أحدهما حرا فالعبد هو المهر لا غير
عند أبي حنيفة رحمه الله وليس لها غيره ان ساوى قيمة العبد عشرة دراهم لانه من قبيل المسمى ولئن نقص قيمته عنها
فلها تمام العشرة مع العبد لان الاشارة معتبرة عنده فكأنه قال تزوجتك على هذا العبد ولا يصار الى مهر المثل
فلا يجتمع مع المسمى وبه يوجب أبو يوسف رحمه الله معه أي مع العبد قيمة الحر لو كان عبدا لان تسمية العبدين
معتبرة على موجب الاصل لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجب قيمته وحكم محمد رحمه الله وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله بالعبدين
ان ساوى مهر المثل فان نقص عن مهر المثل تمم محمد رحمه الله فأعطى لها العبد كأنهما عينا وان كان قيمة أكثر أو
مساويا لمهر مثلها وان كان أقل يزاد عليه الى تمام مهر مثلها لانها لو كانا عبدين وجب تمام مهر المثل فاذا وجد أحدهما
حرا لكنه يجب مهر المثل فيجب أكمل مهر المثل نظرا لها لانها ما رضيت بدون مهر المثل الا بسلامة العبدين لها أو تزوج
على هذا الخمر أو الميتة فكان خلا أو ذكية فلها مهر المثل في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان تسمية ما ليس بمال لا يكون
فيجب مهر المثل ولها الخل أو الذكية في القول الاصح عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية أبي يوسف
عنه وانما كانت هذه الرواية أصح لانها هي الموافقة لاصله وهو أن الاشارة معتبرة عنده لو لا خلاف ان الاشارة اليه
المسمى كما يفتى به أبو يوسف بهذا القول الصحيح فيكون قوله مع أبي حنيفة رحمه الله وانما اختار أبو يوسف رحمه الله
وترك أصله المتقدم لان التسمية معتبرة عنده لان التسمية في هذه المسألة وقعت فاسدة فكيف
يرجح على المشار اليه لان الفاسد لا يعارض الصحيح وأفتى محمد رحمه الله بالمذكاة لانها اعتبر فيها الاشارة
لكون الميتة من جنس المذكاة لقلة التفاوت بينهما الا في الحل والحرمة لاتفاقهما في الصورة وأفتى محمد رحمه الله
بالمذكاة لانه اعتبر فيها الاشارة لكون الميتة من جنس المذكاة لقلة التفاوت بينهما الا في الحل
والحرمة لاتفاقهما في الصورة وأفتى محمد رحمه الله بمهر المثل في الخمر لانه اعتبر فيها التسمية لان الخل والخمر
جنسان والتفاوت بينهما فاحش فوجب مهر المثل أو تزوج على هذه الثياب العشرة فكانت تسعة
فهي أي الثياب التسعة المهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله ولا شيء لها غيرها لما مر من أصله من أن الاشارة معتبرة
عند اجتماعها بالتسمية وحكم بها محمد رحمه الله بالثياب التسعة ان زادت قيمتها على مهر المثل أو ساوته
وان نقصت عن مهر المثل تمم محمد مهر المثل لانها انما رضيت بالمسمى لا بالاقل منه فيجب مهر المثل نظرا
لها لكون التسعة المشار اليه يكون لها لتراضيهما عليها فيزاد على قيمتها الى تمام مهر المثل هذا اذا لم يصف
الثياب ولو وصفها بأن قال تزوجتك على هذه الثياب العشرة الهروية فاذا هي تسعة فلها تسعة وثوب
آخر هروي وسقط اتفاقا كذا في المحيط والفرق أن الثياب اذا أطلقت لا يجب مهرها لو لم يكن المشار
اليها والثوب العاشر لم يكن مشارا اليه فلم يجب وأما اذا وصفها فالثوب الموصوف يصلح أن يكون مهرا ولم يشر اليه

أو تزوج على ثوب موصوف في الذمة فأتى بقيمته يجبر أي تجبر المرأة على القبول وقال زفر رحمه الله لا يجبر لان الثوب
بالمبالغة في توصيفه يلتحق بذوات الامثال ويثبت في الذمة صحيحا ولهذا جاز السلم فيه فاذا صح ثبوته لا يجبر
على قبول قيمته كما لو تزوجها على ثوب بعينه فأتى بالقيمة لا يجبر بالقبول فكذا هذا ولنا أن هذا الثوب لم يكن
متعينا فهو وقيمته سواء في المالية لانها انما يعرف بقيمته والقيمة تصير أصلا فيه من وجه فأيهما أتى به
يجبر الزوجة على القبول وفي المحيط هذا اذا ذكر الثوب الموصوف في الذمة كالاشارة ولو تزوجها
على ثوب بعينه ثم أتى بالقيمة لا يجبر اتفاقا ولو أتى بالثوب الموصوف أجبرت على قبوله اتفاقا وحكم
أبو يوسف رحمه الله بالثوب الموصوف ان أجل لان الثوب الموصوف انما يكون دينا اذا كان مؤجلا
ولهذا لم يجز استقراضه لان القرض انما يصح حالا وجاز السلم فيها لكونها مؤجلا ولئن لم يذكر
الاجل أجبرت على قبول القيمة لان ثبوت الثوب في الذمة بدون الاجل لا يكون صحيحا وعدم الاجبار
على القبول قيمته مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لان ثبوته في الذمة صحيح لما سبق وقيمته خلف
عنه فمع القدرة على الاصل لا يصار الى الخلف أو تزوج على عبد أو فرس مبهم غير معلوم وصفه تجب
الوسط أو القيمة وكذا لو تزوج على كر حنطة مطلقة لم يصفها وكذا لو تزوجها على خادم صحت
التسمية وله الخيار ان شاء أعطى خادما وسطا وان شاء أعطى قيمته فان اختار القيمة يؤدي كما خمسين
دينارا ان ذكر الابيض أو لم يذكر كذا في المبسوط وان ذكر الاسود يؤدي أربعين دينارا عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما الغلاء والرخص معتبر في كل بلد وانما لم يذكر النص لان ذلك اختلاف بحسب الحكم بل باعتبار
الزمان والصحيح قولهما كذا في المحيط وفي الحقائق هذا اذا ذكر العبد مطلقا أما اذا ذكر مضافا الى
بأن قال تزوجتك على عبدي ليس له أن يعطي لها القيمة اتفاقا الا مهر المثل نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه
قال لا تصح هذه التسمية لان المسمى مجهول فيجب مهر المثل وعندنا الوسط فقط وعنده يفسد النكاح كما
في البيوع ولنا أن جنسه معلوم وان كان وصفه مجهولا وجهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية في النكاح
لان المهر فيه مقابل بما ليس بمال فلا يكون عوضا من حيث المالية بل يكون صلة مبتدأة فلا يجري
فيه المنازعة عادة بل يجري فيه المساهلة والمسامحة بخلاف البيع فان المالية فيه مقصودة وانما تختلف
باختلاف الوصف فجهالته تؤدي الى المنازعة أو تزوج على ثوب بيان جنسه بأنه هروي أو مروي أو على دابة
وجب مهر المثل لان المسمى مجهول الجنس لان الثياب أجناس لاختلاف أصولها من القطن والكتان والابريسم
وكذا الدابة تقع على الخيل والبغال والحمير وكل جنس مشتمل على أنواع وكل نوع على أوصاف ولو تزوج على

ينظر ان كان الرجل بدويا فلها بيت من شعر لانه معلوم وان كان بلديا فلها مهر المثل لان البيت لم يتعين
لا يصلح ان يكون مهرا او تزوج على عبد معين فاكتسب اكسابا قبل القبض فطلقها قبل الدخول فالاكساب
لها عند ابي حنيفة رحمه الله ويرد نصف العبد الى الزوج ونصفا مع العبد لان الاكساب تبع للعبد فينصف معه
كالولد والعقر والارش لئلا يخالف التبع المتبوع ولنا ان المنصف بالنص انما هو المفروض عند العقد والاكساب
ليست بمهر بل هي حدثت على ملك المرأة فلا ينصف كاكساب المهر بعد القبض بخلاف الولد لانه من اجزائه وبخلاف
العقر والارش لانها ابدال عن اجزاء العين المعقود عليها ولو كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال يتنصف
اتفاقا او تزوج على دار على ان يدفع البناء المرأة الى الزوج الفا يقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف
ان كانا متساويين واثلاثا ان كان مهر مثلها الفين والالف فما اصاب منها اي من الدار مهر المثل كان مهرا وما
اصاب الالف كان مبيعا ولو وهبت مطلقة رجلا مهرها له على ان يتزوجها لا يسقط عنه تزوجها او لم يتزوجها
لان جعل العوض في النكاح عليها لا يجوز فان تزوجها فالنكاح جائز ولها مهر المثل ولو تزوجها على الف وعلى
على ان يدفع اليه عبدا معينا يفسد البيع لانها جعلت ثمن العبد ما اصاب قيمته من مهر مثلها وهي مجهولة و
الشفعة لا تثبت فيها اي في الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشفعة ثابتة في الحصة المبيعة كما لو كانت كلها
مبيعة وله ان النكاح اصل هاهنا والبيع حصل في ضمنه فكان تبعا داخلا في عدم ثبوت الشفعة
وانما جعل النكاح اصلا لان البيع لو جعل اصلا والنكاح فرعا يفسد البيع لكونه مشروطا بالنكاح
واما شرط البيع في النكاح فغير مفسد له لانه مما لا يفسد بالشروط الفاسدة وقد مرت هذه المسئلة
في الشفعة او تزوج على الف ان اقام بها اي بزوجته في بلدة معينة وعلى الفين ان اخرجها من تلك البلدة
فالاولى اي الشرط المقدم سواء كان الفا او الفين هو الصحيح عند ابي حنيفة رحمه الله حتى اذا طلقها
قبل الدخول فلها نصف الشرط المقدم وان دخل بها ووفى بالشرط فلها المذكور ولا
وان لم يوف فلها مهر مثلها لكنها لا ينقص عن الف درهم لان الزوج رضي به ولا يزاد على الفين لانه رضيت به
وقالا رحمهما الله يجب مهر المثل في الحالين وهو قول زفر رحمه الله لان الشرطين فاسدان وذكر في شرح
العراقي قول زفر والحسن رحمهما الله كقول ابي حنيفة رحمه الله واصل هذا ما ذكر في كتاب الاجارات وقال مالك رحمه الله
يفسد النكاح كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ولهما انهما عقدان ... معلومين
تصحيحها على وجه التخيير كما صح اذا تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة وله ان التسمية
في الاول صحيحة لعدم المزاحم وفي الثاني فاسدة لان الشرط الاول يزاحمه عند وجوده لعدم صحة التسمية
فيه لان المخاطرة متحققة في التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف انه يخرجها او لا ولا مخاطرة في المسئلة

المستشهد بها لان المرأة على صفة واحدة جميلة او قبيحة لكن الزوج لا يعرف ذلك وهكذا ذكر الفرق بين
المسئلتين في الغاية وكذا الخلاف لو تزوج امرأة على الف ان لم يكن له امرأة وعلى الفين ان كانت او تزوج
على اقل من مهر المثل بان يكون مهر مثلها الفين ويزوج على الف على ان يطلق ضرتها اي المرأة التي تزوجها
عليها اي تزوج على تزوج عليها الاولى او على ان يطلق فلانة وعلى ان لا يخرجها من بلد فان وفى بالشرط
وطلقها فلها المسمى والا اي وان لم يوف لم يطلق الاخرى لزمه تكميله اي بان يكمل مهر مثلها وقال زفر رحمه الله
لا شيء لها غير المسمى لان طلاق الضرة شرط فاسد فذكره وعدمه سواء وعند ابي يوسف رحمه الله لها الخيار ان لم يوف
لها مهر المثل في الحالين وعند مالك رحمه الله يفسد النكاح كذا في العيون ولنا انها انما رضيت بما دون
مهر المثل اذا اخلص الفراش لها وهو وصف مرغوب فيه عندنا فاذا لم يحصل فات رضاها فيكمل مهر مثلها
او تزوج على الف والفين او على هذا العبد وهذا العبد وقيمتهما متفاوتة فالمهر الواجب من المسميين عند ابي حنيفة رحمه الله
ما شابه مهر المثل حتى اذا كان مهر المثل الفا او اقل منه فلها الالف برضائه وان كان مثل الالفين
او اكثر فلها الالفان لرضائها بها وان كان بينهما فلها مهر المثل مساويا بقيمة احد العبدين يجب
هذا العبد وقالا هو الاقل على كل حال اي من العبدين ما هو اقل قيمة هذا اذا كان الالف والالفين نقدا
لانه لو كان الالف نقدا والالفان نسيئة يفيد التخيير فيصح ايهما اختارت اتفاقا كذا في الكافي لهما
ان الاقل متيقن فيجب كما لو خالعها على الف والفين لان او لاحد الشيئين لم يكن ايجابهما ولا ايجاب
احدهما غير عين لان تسليمه غير ممكن ولا ايجاب الصرف بتعيين لانه ترجيح بلا مرجح فيفسد التسمية
فيجب مهر المثل لانه موجب اصلي بخلاف صورة الخلع لانه ليس فيها موجب اصلي وان طلقها قبل الدخول فلها
نصف الاوكس الا ان يكون نصف الاوكس اقل من المتعة فحينئذ يكون لها المتعة كذا في الخانية او تزوجها على
تعليم القرآن او على خدمتها سنة وهو حر فلها مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله يجب التعليم والخدمة وهو
قول مالك ولمحمد عن ابي يوسف مثل قولنا لانه لو تزوجها على رعي غنمها او تزوج العبد على خدمتها يجوز ولنا
ان المشروع في النكاح المال المتقوم لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وانما اضافها الينا بواسطة امرنا
والمنافع ليست بمال لانه غير محرز فانما يصير مالا بالعقد للضرورة اذا احتيج اليها وامكن تسليمها
وهنا لا يمكن لان خدمة الزوج لها توجب ان يكون مالكة والزوج مملوكا وهو خلاف موضوع النكاح وانما جاز
لها خدمة العبد لان فيها تسليم رقبته اليها او رقبته مال واما التزوج على رعي الغنم فممنوع وعلى تقدير جوازه
وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله استدلالا بقصة موسى عليه السلام مع شعيب عليه السلام فانه بالنص وهو
ان نبينا عليه السلام قص لنا تزويج موسى بنت شعيب على رعي غنمه بلا انكار عليه بل هو الواجب عند ابي حنيفة رحمه الله

تسليمها
مهر المثل وحكم محمد رحمه الله بقيمتها اى قيمة الخدمة لان المنفعة صارت متقومة بالعقد الا انه تعذر
ممتنع لما مر انه خلاف موضوع النكاح فيلزم قيمتها وله ان قيمة الشئ خلف عنه وقايمة مقامه فاذا لم
تسليم الخدمة اليها لم يجز تسليم قيمتها ايضا لان من شرط الخلف تصور الاصل فيجب مهر المثل ولو اعتقها
اى الامة على ان تزوجها فقبلت ولم يسم مهرا يجعل ابو يوسف رحمه الله عتقها صداقها وافتيا بمهر المثل
لان الامهات الابد ولا يكون بالمال والعتق ليس بمال فيبطل تسميته فوجب مهر المثل ولنا ما روى انه عليه السلام
النكاح
اعتق صفية ثم تزوجها وجعل صداقها عتقها وفي المحيط لو تزوجها على عتقها فقبلت لم يصح لان
كلا منهما
لم يباشر العتق والعتق تصادفها وهي امة وكذا النكاح لا يمكن تقديم العتق على النكاح لان
الامة
مذكوران على سبيل العوض والمعوض فلا يمكن ان يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا ولو ابت
المذكورة بعد عتقها عن ان تنكح نفسها المولى لا تجبر الزمنا اى بقيمتها فيجب ان تسعى قيمة نفسها المولاة
وقال زفر رحمه الله لا سعاية عليها لانها التزمت النكاح لا المال فلا وجه لايجاب ما لم يلزمه عليها ولنا
انها شرطت للمولى منفعة بمقابلة عتقها فلما فات عنه المنفعة كان عليها ان ينقض العتق
لكنه بعد وقوعه لا ينتقض فوجب نقضه معنى بالزام السعاية عليها ولو ضمن الاب بعد ان زوج
ابنه الصغير امرأة المهر عن ابنه الصغير فمات الاب فاخذته المرأة صداقها من
تركته نحو اجزنا للباقين من الورثة الرجوع في نصيبه اى يرجعوا بما اتفق في نصيب الصغير وقال زفر رحمه الله
لا يرجعوا لانه كفل عن الصغير تبرعا فلا يرجع بما ادى من تركته كما لو ادى الاب حال حيوته وكما لو كفل عن
ابنه الصغير بغير ابنه ولنا ان الكفالة صدرت بامر المكفول عنه حكما لان للاب ولاية عليه فلا اقدام
على الكفالة دلالة الامر منه فيرجعون بخلاف ما ادى عنه حال حيوته لان تحمل الاباء للابناء عادة
دليل على تبرعه بخلاف الابن الكبير لانه لا ولاية له عليه فيكون تبرعا ولو ادى غير الاب من الاولياء
او الوصي او ضمن مهر الصغير وادى من ماله يرجع من مال الصغير بالاجماع وان لم يشترط الرجوع ولو كان
مع
الابن كبيرا وضمن الاب بغير امره فادى من ماله لا يرجع الورثة على الابن الكبير بالاجماع و ايتنا وان
لم يرجعوا عليه اى المهر على الاب لفقر ولد الصغير وقال مالك رحمه الله يجب عليه لان قبوله المهر عنه ولا مال
دليل على ضمانه ولنا ان الاب ليس بكفيل صريحا ولا دلالة لان قبوله لا يدل على ضمانه وانما يدل على
ادائه من مال الصبي قبل البلوغ او ضمن المولى اى اعطى المرأة المهر تحمل ان تطالب ولي الصغيرة
بان زوج ابنته الصغيرة رجلا وضمن عنه المهر لابنته صح ضمانه لانه من اهل الالتزام والمهر دين
يقبل الضمان وتخير الزوجة في المطالبة ان شاءت طلبت من زوجها وان شاءت طلبت من الولي

وكذا الوكيل بالنكاح لو ضمن المهر صح فان ادى الوكيل لم يرجع على الزوج بخلاف الوكيل بالخلع
اذا ضمن بدل الخلع لفداء فانه من ماله يرجع عليها والفرق ان الخلع لا يصح بلا لزوم مال فكان امرها في
الخلع معتبرا للرجوع ببدله والمهر في النكاح يعتبر لصحته لا الوجوب لبدله لانه واجب شرعا فصار وكيل
النكاح متبرعا كذا في المحيط ويعتبر مهر السر عند ابي حنيفة رحمه الله ومما اعتبر امهر العلانية اذا تزوج
امرأة بمهر السر ثم تزوج ثانيا باكثر منه بمهر العلانية رياء وسمعة هذا اذا لم يشهد على ان ما في العلانية هزل
فان اشهد عليهم تجب الزيادة بالاجماع ولو تواضعا سرا ولم يعقد وعقد علانية فالمعتبر العلانية
ولو تواضعا علانية ولم يعقد ثانيا فاكتفى الاول فالمعتبر الاول اتفاقا فلو تزوجها او سكت عن
ذكر المهر يجب مهر المثل هذا اذا تعاقد الخطر تواضعا ولو تعاقدا بخلاف جنسه كما لو تعاقدا في السر على الف
درهم وتعاقدا في العلانية مائة دينار فلها مهر المثل اتفاقا في الصحيح لانه كما المذكور في السر ومزلا
في المذكور ثانيا والمال لا يجب بالهزل كذا في التبيين وفي التتمة لو اختلفا في المواضعة فالمهر
حقيقة
مهر العلانية في الوجهين لان النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يعتبر العقد الثاني لانه ليس بعقد
ولهما ان العقد الثاني وان لم يعتبر استينافا فالكن فيه زيادة المهر وهي صحيحة فيعتبر من تلك الجهة
ولو ابانت طلاقا باينا بعد دخوله بها ثم تزوجها في العدة ثم ابانها قبل الدخول حكم محمد رحمه الله بنصف المهر
وانما
لانها مطلقة قبل الدخول واتمام العدة الاولى لانها موجب الطلاق الاول لكن قيام النكاح الثاني كان
من ظهور فاذا النظر ومما حكما بكماله اى بكمال المهر وحكما استينافها اى بان عليها عدة مستقبلة
منه
لانها كانت مقبوضة في يده فاذا جدد النكاح في عدتها التي هي اثر الموطوءة الاولى ناب ذلك القبض
النكاح في هذا النكاح فصار كانه وطيها في هذا العقد فيجب كمال المهر وعدة اخرى كما ان الغاصب
اذا اشترى المغصوب الذي في يده فانه ينوب عن القبض المستحق بالبيع وقال زفر وان فعلها
لا عدة لها لانها طلاق قبل الدخول فالزوج الثاني لو طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة
ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الزوج الاول قبل انقضاء العدة او حكم الحاكم بصحة هذا النكاح
نفذ قضاؤه كذا في الخزانة الفتاوى لانه مجتهد فيه ولو زالت عذرتها اى بكارة منكوحته برفع
وطلقها قبلها اى قبل الدخول فعليه نصفه اى نصف المهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه طلقها قبل الدخول
وافتى بكله محمد رحمه الله بكل المهر لان على ذلك كمل الوطي وقول ابي يوسف رحمه الله مضطرب بينهما ولو
نكح ثلاثا من النسوة في عقد واحد وقوله في عقد واحد اتفاقي لان الحكم لو تزوجهن في عقود يكون الحكم
كذلك كذا في الحقايق لان الاشكال وقع بعدم البيان فدخل بواحدة منهن بعينها لا غير وطلق اياهن

ثلثا اى ثلث طلقات فى الاخرى وطلق الاخرى طلقة واحدة ومات مجهلا اى بلا بيان المدخول بها وبيان المطلقة
منها فقضى للمدخول بها بمهر تام وحكم ابو يوسف رحمه الله للثنتين الاخريين بمهر وربع اى بربع مهر يقسم نصفين
ولو كان الزوج حيا يجبر على البيان لان الاجمال وقع منه ويسمع قوله للابهر وثلث نفى لقول محمد رحمه الله فانه
قال لهما مهر وثلث مهر ووافق محمد رحمه الله فى رواية اى فى رواية كتاب الزيادات ان محمدا رحمه الله مع ابى يوسف رحمه الله
ان احد الطلاقين واقع على احدى غير مدخولتين بيقين فسقط نصف مهر بيقين والاخرى يقع عليها فى
حال ولا يقع عليها فى حال فان وقع يسقط نصف مهر اخر بالطلاق قبل الدخول وان لم يقع يكمل مهرها بالموت
فوقع الشك فى النصف الزائد فينصف نصف النصف وهو ربع الكل فبقى لهما مهر وربع ولمحمد رحمه الله ان
الدخول يختص بالمدخول بها لكون الحكم تابعا للعلة وهى مختصة بها فلا يؤثر فى غيرها فهى كغير المدخول
بها فى حق الاخريين فنفرض كلهن غير مدخول بهن بهذا الاعتبار فلما سقط مهر عن الثنتين لمكان الغير المدخول
بقى مهران فاذا قسم المهران بينهن ثلاثا يخص كل واحدة ثلثا مهر لان مهر المدخول بها تم بالدخول بضم الثلث
من الثنتين فبقى فى حق غيرها مهر وثلث مهر او نكح امرأة واحدة او نكح نسوة ثلثا فى عقد جمع عقد ومات
الزوج مجهلا اى غير مبين كيف تزوجهن من التقدم والتاخر قسمة التركة اى نصيب الزوجة بين
النساء الست وهى الربع او الثمن على اربعة وعشرين سهما فيأخذ الواحدة التى زوجها وحدة سبعة
من اربعة وعشرين بالاجماع لان نكاحها صحيح سواء تقدم او تأخر او توسط اما ان تقدم فظاهر
واما ان توسط فكانت بعد الثنتين ثالثة وبعد الثلث رابعة وكذا ان تأخرت لبطلان نكاح
احدى الفريقين فعلى تقدير يكون نكاحها صحيحا فلو كان مع الثنتين يكون ثلث نسوة ولو كان مع الثلث
المجموع اربعة فنكاحها لن وقع مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان وقع مع الثلث فلها ربعه واقل
حساب له ربع وثلث اثنى عشر فلها فى حال ثلثه وفى حال اربعة وثلثه واجبة بيقين والسهم الواحد مشكوك
فيه فينصف فانكسر بالنصف فضربنا اثنى عشر فى مخرج النصف وهو اثنان فصار اربعة وعشرين فللواحدة
منها ثلثها فى حال وهو ثمانية وربعها فى حال وهو ستة فوقع الشك فى سهمين فنصفنا وضم احدهما الى
ستة فصار سبعة وهى نصيب الواحدة والباقى مقسوم على الفريقين او على المرأتين وثلث نسوة
نصفين عند ابى حنيفة رحمه الله لان الواحدة لما اخذت من البين سقط اعتباره فبقى الفريقين كل واحد
منها تستحق فنكاح احد الفريقين صحيح وهو المتقدم منهما فان تقدمت الثنتان كان للواحدة الثلث
جميع الباقى وهو سبعة عشر بين الفريقين نصفان فانكسر الحساب فضربنا اربعة وعشرين فى مخرج النصف
وهو اثنان فتحصل ثمانية واربعون فللواحدة منها اربعة عشر ولكل من الفريقين سبعة عشر لكنها لا يلوح على

رؤس كل منهما فنظرنا ان بين عددى رؤسهما وهو اثنان وثلثة مباينة فضربنا اثنين فى ثلثة فصار
ستة ثم ضربنا الستة فى ثمانية واربعين فصار مائتين وثمانية وثمانين وذلك تصحيح للثلثة ولكل
من الثنتين مائة واثنان لكل واحدة احد وخمسون ولكل من الثلثة اربعة وثلثون والحجة فى ذلك
استواء الفريقين فى الاستحقاق لان لكل واحد منهما يستحق فى حال فاقتسم الباقى بينهما نصفين وقالا
للثنتين ثمانية وللثلث تسعة فالجواب واحد وتخريجهما مختلف بينهما فمحمد رحمه الله اعتبر الاحوال
وقال ان صح نكاح الثلث مع الواحدة فلهن ثمانية عشر لانهن يستحقن ثلثة ارباع الميراث ولو لم يصح
فلا شئ فينصف ثمانية عشر فيكون لهن تسعة ولو صح نكاح الثنتين مع الواحدة فلهما ستة عشر
لانهما يستحقان ثلثى الميراث وان لم يصح فلا شئ فينصف ستة عشر فيكون لهما ثمانية وابو يوسف رحمه الله
اعتبر طريق المنازعة فيقول استوت منازعة الفريقين فى ستة عشر فينصف بينهما ولا منازعة للا
ثنتين فى السهم السابع عشر الباقى من سبعة فى نصيب الواحدة لانهما يدعيان الا ثلثى الميراث وهو
ستة عشر فيسلم ذلك السهم للنسوة الثلث فصار نصيب الثلث تسعة هذا الخلاف وقع فى
ميراثهن واما حكم مهورهن فللواحدة ما سمى لها من المهر بكماله وللثلث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد
اتفاقا فمحمد رحمه الله ايضا على اصله اعتبر الحال لان نكاح الثلث لو صح فلهن ثلثة مهور وان لم يصح
فلا شئ فينصف وكذا نكاح الثنتين ان صح فلهما مهران وان لم يصح فلا شئ فينصف وابو يوسف رحمه الله
اعتبر فيه المنازعة لان اكثر ما يجب للفريقين ثلثة مهور واقل مهران واجب بيقين فالمهر الثالث يجب
فى حال دون حال فينصف نصفان فيكون للثلث مهر ونصف مهر فيجب لهن نصف مهر ثم نصف مهر لا يدعيه
ثنتان ويدعيه الثلث فيسلم لهن فبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيهما فيكون بينهما نصفان
فيكون للثلث مهر ونصف مهر وللثنتين مهر ولو مات الزوج بعد الدخول بكلهن فلكل واحدة
من الفريقين الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها للدخول بها بنكاح فاسد وللواحدة عدة الوفاة
وعلى كل من الفريقين ابعد الاجلين من عدة الوفاة والاقراء لان كل فريق لو صح نكاحها فعليها عدة
الوفاة وان لم يصح فعليها عدة بالحيض فجمعنا بينهما وقلنا تعتد اربعة اشهر وعشرا فيكمل فيها
ثلث حيض او نكح امرأة وابنتها فى ثلث عقود متفرقة ومات الزوج مجهلا قبل الدخول بهن فلهن
مهر واحد وميراث كامل اتفاقا لان الصحيح نكاح واحدة منهن وهو المتقدم لكن وقع الخلاف فى القسمة
فللام عند ابى حنيفة رحمه الله نصف المهر ونصف الميراث وللبنتين النصف اى نصف الاخر المهر والميراث
ولكل واحدة ربعه والمسئلة من اربعة وقسماه اى المهر والميراث اثلاثا لان نكاح كل واحدة منهن
صحيح

في حال التقدم وباطل في حال التوسط والتاخر لان الام ان تقدمت نكاحا لا يصح نكاح البنتين
وان تقدمت نكاح احدى البنتين لا يصح نكاح الام ونكاح الاخرى فاذا استويتا في سبب الاستحقاق
يقسم المهر بينهن اثلاثا كما لو تزوج امراة وامها وبنتها ولان اعتبار الاحوال انما يكون في منع النكاح
وههنا نكاح احدى البنتين بالحل بيقين فوقع المزاحمة بين الام وبنت واحدة لان كلا منهما تستحق
كل المهر حال التقدم ولا تستحق شيئا حال التاخر فينتصف مهر كل منهما فيقسم مهر واحد بينهن ولو تزوج
امراة وامها واخت امها وخالتها فالمهر والميراث بينهما نصفان بالاجماع ولو تزوج امراة وامها وخالتها
او ثلث اخوات في ثلث عقود فالمهر والميراث بينهن اثلاثا بالاجماع ولو تزوج الام في عقد وابنتيها
في عقد والمسئلة بحالها فالمهر والميراث للام ولا شيء للبنتين بالاجماع لان بطلان نكاح البنتين
متعين لكونه جمعا من الاختين ويجب المهر اى كماله بالخلوة الصحيحة ويجعل في حكم الوطى
ويجب كل المسمى او كل مهر المثل اذا لم يسم بالخلوة التي لا يخاف الاطلاع لغيرهما عليهما بلا اذنهما حتى لو كانا في البيت وبابه مفتوح
لا يتخطى الا باذنه يصح الخلوة ولئن لم يكن معهما ثالث وان كان نائما او نائما لان للاعمى حسا
والنائم يستيقظ بذا هو المانع المسمى ولو كان صغيرا لا يعقل او مغمى عليه يصح الخلوة فيقوم مقام
الوطى اجماعا الا عند الشافعي بو اسد في الجديد وشرط مالك بو اس طول المقام معها وحسب العلم كذا
في العيون ومشروط بان ترتفع الموانع الجماع سواء كانت شرعية او طبيعية او حسية فان لم يكن مانعا
عن الاطلاع الكائن عليهما بان كانا في الصحراء او في الطريق الاعظم او على سطح ليس على جوانبه ستر او كان
الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان يقع بصره عليهما منها لا يصح الخلوة كمرض حاصل للزوج
او الزوجة مانع عن الجماع لعدم الاقتدار عليه او لحوق الضرر به فيكون مانعا طبيعيا وفي لحمد المانع
لا يمنع صحتها كذا في العيون والمرض في جانبها ممنوع بلا خلاف اما المرض في جانبه فقد قيل انه ممنوع
ايضا وقيل انه غير ممنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال
صدر الشهيد هو الصحيح سواء الحق ضررا اولا لانه لا يخلو عن تكسر وفتور عادة وحيض ونفاس او رتق
وقرن وكذا لو كانت الزوجة صغيرة لا يطيق الجماع ولو كان الزوج صغيرا يقدر على الايلاج
زفت اليه امراة وهي صغيرة تجامع مثلها لا يجب كمال المهر كالمريض القادر لو قال ثم ثنية لو افترقا فقالت
افترقنا بعد الدخول وقال قبل الدخول فالقول قولها لانه ينكر سقوط نصف المهر كذا في القنية وقال
شمس الائمة لو كان آلته يتحرك ويشتهي ينبغي ان يكمل واحرام الحج اى كاحرام الحج واحرام عمرة نفلا كان او واجبا
فان الجماع يفسد النسك وصوم رمضان وصوم التطوع والقضاء والنذر والكفارات لا يمنع الخلوة

في الصحيح لعدم وجوب الكفارة بالافساد ولزوم القضاء في النفل لضرورة صيانته المؤدى فيتعذر
بها ولا يظهر في حق المهر والصلوة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وقال زفر يتم به الخلوة الصحيحة
ليست كالدخول فلو طلقها بعد الخلوة قبل المسيس فلها نصف المهر لقوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية
ولنا قوله عليه السلام من كشف خمار امراته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل وحكى الطحاوي اجماع
الصحابة رضي الله عنهم في وجوب المهر بالخلوة والحقيقية لتسليم لو صح لو مس بدنها في غير خلوة ثم طلق يجب نصف المهر
اتفاقا وانما حملنا المس على الوطى لانه سببه ويحتمل على الخلوة لان الحمل الايسر للامراة عادة الاتى الخلوة
من باب اطلاق اسم المسبب على السبب واما العدة فواجبة بالخلوة صحيحة كانت او فاسدة احتياطا لتوهم الشغل لو افسدت
بالعجز عن الجماع حقيقة لم يجب العدة كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير وفي القدوري اجمع الخلفاء
الراشدون على من اغلق على امراته بابا او ارخى حجابا يلزمه كمال المهر والعدة دخل بها او لا وعلم الزوج
بالنكاح شرط الخلوة كالوطى في بعض الاحكام لا في بعضها اما الاحكام التي في الخلوة كالوطى في
بعض الاحكام لا في بعضها اما الاحكام التي في الخلوة كالوطى فتاكد كمال المسمى لو سمي في العقد والا فتاكد
مهر المثل وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها ما دامت
معتدة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح امة عليها على قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه في حرمة نكاح
الامة على الحرة في العدة عن باين ومراعاة وقت الطلاق في حقها واما الاحكام التي ليست الخلوة فيها
كالوطى فالاحصان حتى لا تصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات حتى لا يحرم البنت مع الخلوة بامها
والاحلال للزوج الاول والرجعة والارث حتى لو مات وهي في عدة الخلوة لا ترثه واما وقوع الطلاق في هذه
العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام اختلفت في هذا الباب
فيجب القول بوقوعها احتياطا وفي المبسوط لو خلا بالبكر زوجها فمات فان اباها يزوجها كالابكار لانها بكر
كما كانت ويجب هو كون الناكح مقطوع الذكر غير مانع عن وجوب كمال المهر لو طلقها بعد الخلوة عند ابي حنيفة
وقالا مانع وكونه خصيا او عنينا لا يمنع اتفاقا ويثبت النسب بالمجبوب لو اعلم انه ينزل ولئن علم خلافه
لا يثبت كذا في النهاية ولهما ان المريض لو اعتبر خلوته فخلوة المجبوب اولى لانه اعجز منه وله ان المجبوب انما
يتزوج للانزال والاستمتاع لا للايلاج وقد سلمت نفسها اليه بما هو مقصوده فتستحق كل المهر كخلوة الخصي
بخلاف المريض لان الذي يتزوج للايلاج فلم يحصل ولا يجب الا المهر المثل بالدخول المستلزم للوطى حقيقة
النكاح الفاسد لا بالعقد اى لا يجب المسمى بالعقد الفاسد ولا اعتبار في ضمنه لان لزومه للبضع لا يستمتع
بالعقد الفاسد فيكون قائمة وهي مانعة شرعا فلا يجب المسمى بسبب العقد الفاسد ولهذا كان من الزوجين فسخه

قبل الدخول بغير محضر عن صاحبه كما في البيع الفاسد قبل القبض فيفسد ما ثبت في ضمنه من التسمية وانما وجب
فيه مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي وهو انما يجب اذا جامعها في القبل ولم يجعل الخلوة الصحيحة كالوطي بسبب كونها
تمكينا منه وعن محمد رحمه الله يلزم العقر بالخلوة كذا في العيني والمراد من المهر هنا العقر وهو مقدار ما يجب اجرة الزنا
لو كان حلالا كذا نقل عن شيخنا رحمه الله وان وطئها مرارا فعليه عقر واحد لان فيه شبهة الملك وكذا الوطي
مكاتبة او جارية ابنه مرارا لان الوطي حصل عقيب شبهة الملك ولو وطي الابن جارية ابيه بشبهة يجب بكل وطي مهر
لان شبهة الملك فيه غير ثابتة فصادف كل وطي ملك الغير ولو وطي احد الشريكين الجارية المشتركة فعليه بكل وطي
نصف مهر لانه ليس شبهة ملك في النصف الذي لشريكه ولا يجاوز مهر المثل المسمى لان العقد فاسد والمتقوم في
فيه ليس بمال فلا يعتبر من قيمته ما زاد على المسمى وعند الثلاثة يزاد على المسمى كذا في العيني بخلاف البيع الفاسد
حيث يجب فيه القيمة بالغة ما بلغت لان المتقوم فيه مال متقوم فيتقدر بدله بقيمته ويجب العدة في الخلوة
الصحيحة والفاسدة وفي النكاح الفاسد على تقدير الدخول تحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من
وقت التفريق وعند زفر رحمه الله من اخر الوطآت كما يجي في باب العدة ولو جامع الصبي بشبهة لا مهر عليه
لان الولي لا يملك النكاح الفاسد فجحد ولا الاذن له فيه فصار كما لو وطي بغير شبهة عقد فيجب العدة
على الموطوءة ويثبت النسب اي نسب المولود في النكاح الفاسد لانه كالمهد ثابت من وجه ولهذا ليس لكل
من الزوجين فسخه بعد الدخول الا بحضرة صاحبه والثابت من وجه كالثابت من كل الوجوه في النسب
احياء للولد واعتبر مدته محمد رحمه الله مدة النسب من حين الدخول الذي فيه الوطي حقيقة واعتبرها
من وقت النكاح لان النكاح لو لم يكن موجودا لم يثبت النسب اتفاقا فيعتبر ثبوته من وجود العقد و
يفتي به ابو يوسف رحمه الله بقول محمد رحمه الله لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطي لانه حرام فيه فلا يقوم مقام
العقد بل الخلوة لا تقوم مقام الوطي ايضا لكون الحرمة مانعا شرعيا فلا يعتبر النسب من النكاح ويعتبر
مهر المثل بنساء عشيرة ابيها كاختها وبنات اعمامها ولا يعتبر بامها ولا بخالتها لقول ابن مسعود رضي الله عنه
لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب وعند مالك رحمه الله يعتبر من حالهن من ساير النساء وعن محمد رحمه الله
بقرابتها عصبة او لا كذا في العيني ان وجد من تماثلها من عشيرة ابيها في الصفات الاتية والا اي وان لم يوجد
من اقارب ابيها من تماثلها فبالاجانب تحصيلا للمقصود بقدر الوسع وتعتبر التساوي بنساء عشيرتها
معهن في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والبكارة لان مهر المثل قيمة البضع وقيمته
تختلف باختلاف هذه الصفات لتفاوت الرغبات باختلافها فان امتنعت عن تسليم نفسها وان يسافر
الزوج بها للمهر المعجل قبل الدخول لاستيفائها وهو بعض من جميع مهرها مشروط تعجيله في العرف ويقال بالفارسية

دستيمان وليس لها ان تطالبه الحينية المهر المؤجل وان لم يشترطا فيه شيئا يقدر لها من المسمى المعجل جاز
لان النكاح عقد معاوضة فلها ان تمنع عن الزوج حقه من الاستمتاع للاستيفاء حقها وهو المهر كحبس المبيع
لاستيفاء الثمن ولا يسقط النفقة بالمنع لانه بحق فلا يكون ناشزة ولو شرط تعجيل الكل فلها منعها حتى يأخذ
الكل اذ لا اعتبار بدلالة العرف لو جاء التصريح كذا في المحيط وليس للزوج ان يمنعها من الخروج من منزله
وزيارة اهلها حتى يوفيها كل مهرها المعجل ولو كان كله اي كل المهر مؤجلا في العقد الى سنة مثلا سواء كان
مؤجلا في العقد او اجله بعده مدة معلومة لانه ملحق بالمؤجل في العقد يجيزه ابو يوسف رحمه الله امتناع نفسها
حتى يعجل المهر وعليه فتوى الامام الولوالجي في زماننا لما كان كل المهر مؤجلا ولم يشترط الزوج في العقد
ان يدخلها قبل الاجل لم يكن المنع ان دخل بها على قول ابي يوسف استحسانا وقالا ليس لها الامتناع لا قبل حلوله
الاجل ولا بعده في ظاهر الرواية اما قبل حلول الاجل فظاهر وكذلك بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق
الحبس فلا يثبت بعده ولانها ابطلت حقها حين رضيت بتأخير البدل فلم يكن لها حبس البدل كما لو اجل حبس المبيع للثمن
المؤجل هذا اذا لم يشترط الزوج في العقد دخوله بها قبل الاجل لانه لو كان شرطا ليس لها ان تمنع نفسها اتفاقا
كذا في المحيط لان وجوب تسليم البدل يقتضي وجوب تسليم المبدل لان النكاح عقد معاوضة ولها الامتناع
بعد الدخول بالغة ما بلغت برضاها حتى يوفيها فاذا دخل بها برضاها قبل ان يعطيها مهرها فلها الامتناع
من وطيها او من المسافرة بها حتى يعطيها مهرها المعجل ولا يبطل نفقتها بهذا الامتناع عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس لها الامتناع ويبطل نفقتها به وهو قول الائمة الثلاثة وما كل رحمه الله كذا في العيني وينبغي على هذا
الاختلاف استحقاق النفقة حال منعها فعنده تجب النفقة لها لان المنع بحق فلا يكون ناشزة فيجب النفقة وعندهما
لا لانها بتسليم نفسها اسقطت حقها في الحبس كما بعد نقد المهر كما يسقط عن البايع اذا سلم المبيع الى المشتري
وله ان المهر مقابل بجميع الوطئات لئلا يخلو كل وطئة عن عوض اظهارا لشرف البضع لكن كل المهر
يتاكد بالوطي الاول كما لو قطع العبد جناية يستحق بها رقبته فاذا قطع اخرى واخرى يدفع بجميعها
فاذا سلمت بعض المعقود عليه لا يسقط حقها عن حبس الباقي كما اذا سلم البايع بعض المبيع لا يسقط
حبس الباقي وانما قيدنا الدخول فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية
او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس اتفاقا كذا في الهداية والنفقة ثابتة لانها متفرعة على الدخول فلا
يكون ناشزة واذا اوفاها اي الزوج امراته المهر المعجل نقلها الزوج ذو حجة حيث يشاء لقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم وكان ابو القاسم الصفار يأخذ في المنع عن الجماع بقولهما وفي الاخراج من بلد بقول ابي يوسف
وبه يفتى وقيل لا يسافر بها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث رحمه الله وقال ظهير الدين المرغيناني

الاخذ بقول الاسنة اولى من الاخذ بقول الفقيه وفى الجنيس الفتوى على هذا لان الغريب يوذى وعليه اكثر المشايخ
وبعض لفتح بقول الفقيه والنص مقيد بعدم الاضرار بدليل سياق الاية وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفى النقل
الى البلد لغو مضارة وفى قوله لا يسافر بها دلالة على انه يجوز نقلها الى قرية او بلدة قريبة لعدم تحقق السفر
وقيل ان اوفاها المهر المؤجل ايضا اى كان بناء المعجل والحال ان الزوج هو مامون اى الزوج امين عليها
سافر بها حيث شاء والا فلا اى وان لم يكن اوفاها المهرين ولم يكن مامونا وان اختلفا فى قدر المسمى فادعى
انه تزوجها بالف وادعت هى الفين سواء دخل بها او لم يدخل قضى لمن اقام البينة ان دخل بها وبنصفه ان لم يدخل
اجماعا لانه صح دعواها بالبينة فلا يعارضها مجرد دعوى الاخر فان اقاماها اى الزوجان البينة قبلت بينتها
لانها تثبت الزيادة والا اى وان لم يكن لهما بينة يجعل ابو يوسف رح القول للزوج سواء طلق قبل الدخول
او بعده الا ان يستنكر بان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المراة بذلك المهر ويقال لا يتبذل
المهر انه لا نعترض بشى متعارف ولا يحكم بمهر المثل كما فى التسمية فمتى امكن ايجاب شى من المسمى لا يصار
اليه وقيل ما يستنكر شرعا ان يكون اقل من العشرة والاول اصح لظاهر الفرق من العشرة لا تتجزى فى باب
النكاح وذكر بعض لا تتجزى كذكر كلها ولا يكون مستنكرا شرعا والقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول
الزوج فيما زاد على مهر مثلها على قولهما على تخريج الرازى هو الصحيح ولا يتحالفان ان كان مهر المثل شاهدا له او
شاهدا لها وان لم يكن شاهدا لها بان كان مهر المثل الفا وخمسمائة ان دخل بها ومع الف وخمسمائة ان لم يدخل بها على
ما ذكر فى المبسوط بطريق التسمية لاتفاقهما بالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى
الصور الثلث واختار المص قوله على فصل فى المتن وعلى ما ذكر فى الجامع الكبير فى قولهما الحكم للمتعة
مثلها بعد الطلاق كما يحكم مهر المثل حالة قيام النكاح بينهما فان شهدت المتعة لاحدهما كان القول قوله مع
اليمين وان كانت المتعة بين الامرين يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما يحلف فى مهر المثل حال قيام النكاح
وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ووضع المسئلة فى المبسوط فى الالف والالفين فلا يفيد تحكيم المتعة
لان الزوج معترف لها بخمسمائة درهم وفى الاعم الاغلب لا يبلغ المتعة خمسمائة وفى الجامع الكبير
وضعت فى العشرة والعشرين او اكثر فيفيد تحكيم المتعة من شرح جامع الصغير لقاضى خان وقالا
يتحالفان لان كلا منهما مدع من وجه ومنكر من وجه وينبغى للقاضى ان يقرع بينهما كما سواهما من
غير فسخ بالنكاح لانه لا يحتمل الفسخ بالتحالف ثم يحكم اى يجعل الحكم مهر المثل على ما ادعاه كما لو اختلفا
الصباغ ورب الثوب فى مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ وانما اخر التحكيم عن التحالف بلا تسمية لان مهر المثل
لا يعتبر عند وجود التسمية وانما تسقط بالتحالف لان ما ادعى كل منهما ينتفى بيمين الاخر فيبقى النكاح

بلا تسمية لان مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية وانما تسقط بالتحالف لان ما ادعى كل منهما ينتفى
بيمين الاخر فيبقى النكاح بلا تسمية فيعتبر مهر المثل لانه هو الموجب الاصلى فان ساوى مهر المثل اعترافه
اى اعتراف الزوج او نقص حكم به اى بما اعترف به الزوج او دعواها اى كان مهر المثل مساويا لما ادعته
الزوجة وهو الفان او زاد عليه بان يكون مهر مثلها الفان او اكثر فالقول قولها مع اليمين حكم به اجماعا
لكنه لو طلقها قبل الدخول فلها نصف الالف اجماعا لان مهر المثل لا يجب بالطلاق قبل الدخول فلا يمكن
التحكيم به والاقل متيقن كذا فى المحيط او زاد مهر المثل على اعترافه ونقص عن دعواها حكم مهر المثل اجماعا
هذا اذا لم تسلم المراة نفسها الى زوجها وان سلمت لا يحكم مهر المثل لان المراة لا تسلم نفسها من غير ان تستعجل
شيئا من مهرها عادة فيقال لها اقررى بما استعجلت والا قضينا عليك بالتعارف كذا فى المحيط وعلى تخريج
الرازى ان كان مهر المثل يساوى بما اعترف به الزوج او نقص منه فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر
انه لا يلتزم الزيادة على مهر المثل فكان القول قوله فان حلف ثبت المسمى وهو الالف وليس للزوج ان يجعلها
دنانير وان نكل يقضى عليها بالفى درهم كما لو اقر به لان النكول اقرار وان كان مهر مثلها الفى درهم كان القول
قولها مع اليمين لان الزوج يدعى عليها الحط وهى تنكر فان نكلت قضى لها بالف درهم او اكثر بطريق التسمية
ليكون النكول لها اقرارا فان حلفت لم يثبت الحط فيقضى لها بالفى درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما
على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل بتخيير فى هذه الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى
الدنانير وان حلفا جميعا فيما لم يكن مهر المثل شاهدا لما ادعى كل منهما بان يكون الفا وخمسمائة
باعتبار المثل ويخير الزوج فيها كذا ذكره قاضى خان فى شرح الجامع الصغير هذا اذا اختلفا فى
العقد وحصل بها على تخريج الكرخى واذا طلق قبل الدخول بعد الاختلاف فى القدر فينبغى ان يتحالفا
ثم يحكم بنصف الالف المسمى على التفصيل المذكور على تخريجه وان اختلفا فى اصل المسمى فادعى احدهما التسمية
وانكر الاخر كان القول لمن ينكر التسمية ولم يكن له بينة فيجب مهر المثل بالاجماع المعتبر فلانه هو المثل
اصل فاذا اختلفا فى التسمية ولم يثبت التسمية بالبينة تجب مهر المثل واما عند ابى يوسف رح فلان التسمية
لم يثبت فتعذر القضاء بالمسمى فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا او اختلف ورثتهما فيه اى ورثة
الزوج والزوجة فى مقدار المسمى فادعى ورثة المراة اكثر وورثة الزوج اقل ولم يكن لاحدهما بينة جعل
محمد رح القول لورثتها ان شهد بمهر المثل لان الظاهر ان المراة لا تتزوج باقل من مهر مثلها فكان قول
من شهد له الظاهر احق بالقبول كما فى حال الحيوة هذا لو اعلم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا
او لم يعلم ايهما مات اولا فانه ياخذ ورثة المراة جميع المهر من تركة الزوج لان المهر كان واجبا فلا يسقط

بسقوط شيء منه بموت المرأة او لا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فنصيب الزوج من ذلك يسقط
كذا في شرح الهداية بهذا الاختلاف اذا ماتا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما فالقول لورثته لانه ينكر الزيادة على ما اعترف به
الزوج والقول للمنكر ولا يحكم بمهر المثل لانه سقط اعتباره بعد موتهما كما سنبين في المسئلة الثانية و
يستثنى منه ابو يوسف رحمه الله من دعوى ورثة الزوج ما يستنكر كما استثنينا اذا اختلفا في حيوتهما
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يستثنى القليل وان كان يستنكر فيكون القول له او اختلف ورثتهما في نفس التسمية
اي تسمية المهر فالقضاء ينبني منتف عند ابي حنيفة رحمه الله فيقضي بما اقر به ورثة الزوج قل ذلك او كثر
وحكما بمهر المثل لانه هو الموجب الاصلي فصار كما لو اختلفا في التسمية وهما حيان او احدهما فيكون
دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بموتهما كما لو مات احدهما وكذا انه مهر المثل انما يعرف لو عرف حال نساء
عشيرتها في المهر الا يرى انه لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم لكنت تقضي فيه بشيء
وهذا يدل على انه انما يقول في تقادم العهد والظاهر ان اقرانها لا يبقون بعد موتهما فتعذر معرفة
مهر المثل فتعذر القضاء به اذا تقادم موتهما فاما اذا لم يتقادم يجب مهر المثل لانه امكن معرفته كذا في
المحيط لان مهر المثل يختلف باختلاف الزمان والطريق الاخر ولئن لم يكن العهد متقادما وهو ان المستحق
بالنكاح عند اشياء المهر المسمى وهو الاقوى والنفقة وهو الاضعف ومهر المثل هو المتوسط والمسمى
لقوته لا يسقط قطعا والنفقة تسقط بموت احدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا
يسقط بموت احدهما وما تردد بين اصلين توفر حظه عليهما دينا واختلفا في جنسه وفي وصفه
فهو كالاختلاف في نفس التسمية لما مر في باب السلم ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا فالقول للزوج
في الوصف والمرأة في القدر الى تمام مهر مثلها ولو مات عن زوجة فادعت على ورثته ان ادعت قدر
مهر مثلها او اقر به الورثة بذلك صح وكفى النكاح شاهدا ولا حاجة الى الاثبات وان كان في تزوج
اولا صغار فلها التناطح قدر مهر مثلها من التركة ولئن ادعت الورثة ابراء او استيفاء فلا بد من
البينة لهم وعليها اليمين وقال الفقيه لئن كان الزوج بنى بها تمنع قدر ما جرت العادة بالتعجيل والقول
للورثة فيه لان النكاح ولئن كان شاهدا على المهر لكن العرف شاهد على قبض بعضه فيعمل به وذكر في المغني
تزوجها عند شاهدين على مقدار ومضت سنون وولدت اولادا ثم مات الزوج وطلبت من الشهود اداء
الشهادة على ذلك المقدار استحسن المشايخ عدم اداء الشهادة على ذلك المقدار لاحتمال سقوط كله او بعضه
بالابراء او الحط وبه افتى برهان الائمة ثم رجع وافتى في جواب الكتاب كما هو الحكم في سائر الديون وعليه الفتوى
كذا في البزازية

من قيمة كسبه

فصل في نكاح الرقيق في المغرب الرقيق العبد ويقال للعبيد ايضا ومنه
مولاه رقيق ولا يجوز نكاح الامة والعبد والمكاتب وام الولد الا باذن المولى لقوله عليه السلام ايما
عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر اي زان ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما وكذا
المكاتب والمدبر وام الولد لقيام الملك في جميعهم والحجر عن المكاتب انما زال في حق الكسب
ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده وقال مالك رحمه الله يجوز نكاح العبد بغير اذن المولى وهو قول اهل الظاهر لانه يملك
الطلاق ونكاح الجارية لا يجوز بالاجماع لان بضعها مملوك للمولى دون المكاتب والمكاتبة لانهما يملكان التصرف
فالتحقا بالاحرار ولهذا مهر المكاتبة لها كان ثم وفي تجيز اجبار العبد صغيرا كان او كبيرا اي ان
ينفذ النكاح عليه من غير رضاه كالامة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول احمد ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد انما يدخل في ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة
لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي
هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار
تصرفا فشرط رضاهما وكذا المستسعاة لا تجبر بهذا الخلاف اذا كان العبد كبيرا واما لو كان صغيرا يجوز
الاجبار عنده في قوله كالامة فان اجبارها جائز اجماعا لان منافع بضعها مملوكة فملك تمليكها ولهذا صار
مهر المكاتبة لها كارثها واذا اذن المولى بنكاح عبده صار تعيين المهر دينا في رقبته لان الدين ظهر
في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق الدين بمالية رقبته استيفاء كما في ديون التجارة دفعا
للضرر عن اصحاب الديون يباع فيه العبد في استيفاء جميع المهر لو لم يفده المولى فان لم يف ثمنه
لا يباع ثانيا فيطالب بما بقي من الدين بعد العتق وفي يباع مرة بعد اخرى في دين نفقة الزوجة
لانه يتجدد فاذا مات سقط الدين لفوت محل الاستيفاء ويسعى المكاتب والمدبر في المهر ولا يباعان
لانهما لا يحتملان النقل الى ملك وعند الشافعي رحمه الله في الاصح يتعلق الدين بذمته وفي قول على المولى
اذا لم يكن له كسب وعند الكرخي رحمه الله بما يتعلق مما يحصل في يده مما هو غير كسبه وخراجه كذا في العيون واذنه
اي اذن المولى لعبده بالنكاح سواء عين المرأة او لا ينتظم النكاح الفاسد حتى يباع في المهر بسبب
كونه مأذونا فيه فينتهي الامر به ولا يجوز له ان يتزوج بذلك الاذن مرة اخرى سواء تزوج تلك المرأة او تزوج
غيرها لانتهاء الاذن بالفاسد كالصحيح اي كما ينتظم النكاح الصحيح فينتهي به اتفاقا وقالا لا ينتظم ولا
ينتهي به حتى يجوز للعبد المأذون للنكاح النكاح فاسدا ان يتزوج بعده صحيحا ولا يباع لمهر الفاسد لعدم
الاذن به بل يؤخذ منه بعد العتق لان المقصود من النكاح وهو تحصينه من الزنا انما يحصل بالجائز دون الفاسد

ولهذا لو حلف ان لا يتزوج ينصرف الى الجائز دون الفاسد فيحمل لفظ المطلق عليه كما في التوكيل بالنكاح وكذا
ان الاذن مطلق فينتظم بنوعيه كما في التوكيل بالبيع واما مسألة اليمين فقيل ذلك قولهما واما على قوله فيحنث
بالنكاح الفاسد ايضا وان كان قولهما فالعذر بان النكاح انه يتقيد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وفي التوكيل
بالنكاح فينبغي ان يتاول لهما عنده حتى لو تزوج امراة نكاحا فاسدا ينتهي به الوكالة عنده ولئن كان قولهما
فانما يتقيد به لان مدار الموكل والوكيل بالنكاح الفاسد لو زوجه نكاحا صحيحا لم يجز والوكيل بالبيع الفاسد
اذا باع صحيحا جاز كذا في المحيط والفرق ان البيع الفاسد بيع حقيقة لانه يفيد حكمه وهو الملك والنكاح
الفاسد ليس بنكاح لانه لا يفيد الحل الذي هو حكم النكاح ولهذا لا يصح طلاقها فلا يصير الوكيل به وكيلا
بالنكاح وليس على المولى ان يبوئها فلا يجب عليه ان يبيئ الامة منزل الزوج ويمكنها فيه لان استخدامها
حق المولى وفي التبوئة ابطالها وعند الشافعي يبوئها الليالي وعند مالك يبوئها ليلا بعد ثلث ليال
كذا في الغياثية ولا يجب عليه نفقتها ما لم يبوئها ولا سكناها لانها وجبت بالاحتباس فلا يجب بدونه كذا
لو دخل بها وطلق ثنتين ولو شرط ان لا يستخدمها فبوأها فللمولى ان يرجع لانها عارية فله استرجاعها
من زوجها والعارية غير لازمة بالشرط ولو استخدمها المولى نهارا واعادها الى بيت زوجها ليلا فلها
النفقة كالحرة الناشزة من بيت زوجها ثم اعادت اليه ونحن نثبت لها اي للامة اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت خيار العتق والزوج حر اي حال كون الزوج حرا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت لها
الخيار لان ملك المطلقات الثلث ثابت للزوج عليها قبل العتق عنده كالعبد الزوج الذي يثبت لها
الخيار اتفاقا لانها بعد العتق صارت كفوا لزوجها فلا يتضرر به ولم نكاح بخلاف ما اذا كان زوجها
عبدا لانها يتضرر بعدم الكفاءة اذا دام نكاحها فثبت لها الخيار ولنا قول النبي عليه السلام لبريرة
حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وزوجها كان حرا وخيار البلوغ يفارق خيار العتق بخمسة
اوجه احدها ان الفرقة بخيار البلوغ انما يقع بالقضاء وخيار العتق يقع بدونه لان خيار البلوغ انما
ثبت لخلل في المقصود منه فكان بمنزلة خيار العيب وخيار العتق انما ثبت لها لان الزوج بعد العتق
يملك عندنا ثلث تطليقات فلها رد الزيادة من غير قضاء دفعا للضرر عن نفسها فلما لم يملك رد
الزيادة بدون الاصل جاز لها رده والثاني ان خيار البلوغ للبكر يبطل بالسكوت اذا بلغت وعلمت
بالنكاح وخيار العتق لا يبطل لان سكوت البكر كان رضا لها باصل النكاح فيجعل رضا بلزومه ولا
كذلك سكوت المعتقة والثالث ان خيار البلوغ لا يقتصر على مجلس العقد في حق البكر ولا يبطل في حق
الثيب والغلام وفي حق البكر يبطل بالقيام كما يبطل بالسكوت وخيار العتق يقتصر ويبطل بالاعراض

عن المجلس لان خيار البلوغ لم يثبت باثبات الزوج لتوهم خلل وخيار العتق ثبت باثبات المولى فيعتبر فيه
المجلس كخيار المخيرة والرابع ان خيار البلوغ يبطل بالجهل وخيار العتق لا يبطل به لان الحرة [illegible]
وتقدر على تعليم الاحكام فالجهل من تقصيرها فلا يكون عذرا واما الامة لا تتفرغ عن خدمة المولى فتحصل لها علما
فيجعل جهلها عذرا كالحربي اذا اسلم ولم يهاجر الينا والخامس ان خيار العتق يثبت في الامة دون الغلام
وخيار البلوغ يثبت فيهما وخيار الغلام لا يبطل ما لم يقل رضيت او يجيء منه دليل يعلم منه الرضا فاثبتنا اياه
نحو اثبتنا الخيار للمكاتبة اذا اعتقت وقال زفر رحمه الله لا يثبت الخيار للمكاتبة التي زوجت باذن المولى
اذا اعتقت لان رضاها شرط كالحرة فينفذ العقد عليها بمباشرتها النكاح ولنا انها بعتقها
صارت مملوكة بالطلقات الثلث وهي لم تكن راضية بازدياد الملك عليها فتتخير ولو زوج مكاتبته الصغيرة
برضاها ثم اعتقت فلها خيار العتق دون خيار البلوغ لان رضاها في حال الكتابة كرضا البالغة كذا في المحيط
ولو زوجها بغير رضاها فالنكاح موقوف على اجازتها ولم تجز حتى ادت بدل الكتابة فعتقت ولا جاز
لم يجز النكاح حتى يجيزه المولى وهذا من الطف المسائل وادقها فالوجه فيه انها قبل العتق كانت
احق بنفسها ومكاسبها كالبالغة حكما وبعد العتق هي كالصغيرة والصغيرة الحرة لا يملك انشاء
النكاح فلا يملك الاجازة وان لم تعتق ولكن عجزت بطل النكاح ولم يجز باجازة المولى لانه طرا حل على
الموقوف حل نافذ وهو حل المولى فيبطل الموقوف ولو قتل السيد امته المنكوحة لغيره ولم يكن من غيرها
قبل دخول الزوج بها فالمهر ساقط عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر غير ساقط وهو قول مالك رحمه الله لان الموت
مؤكد للمهر لان المقتول ميت باجله فلا يسقط بقتل المولى كما لو قتلها اجنبي او قتلت نفسها فلا يسقط
اجماعا وله ان من له البدل منع المعقود عليه عن العاقد قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما لو باعها
قبل الدخول من سلطان او باعها من رجل وذهب بها من المصر فانه يسقط المطالبة عن الزوج وكذا
لو اعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها وقولهما المقتول ميت باجله قلنا القتل لم يعتبر في حق القاتل الا في
احكام الدنيا فانه يجب عليه القصاص او الكفارة والدية وتحريم عن الميراث وجميع احكام القتل ثابت في قتل المولى
امته من وجوب الكفارة والاثم وانما لم يجب القصاص والدية لانه لو وجب يجب له فلا يفيد حتى لو كانت رهنا
لانسان يضمن قيمتها بخلاف الاجنبي لانه لم يكن مستحقا للبدل وذكر شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا كان
السيد من اهل المجازاة فلو لم يكن منه بان كان صبيا لا يسقط المهر اتفاقا وقال الامام الصفار فعل الصبي معتبر في
حقوق العباد فينبغي ان يكون الجواب على الخلاف ايضا وفي المحيط كذا لو باعها على وجه لا يقدر الزوج عليها
لا يمكن مطالبة المهر عنده خلافا لهما ولو حصل القتل بعد الدخول لا يسقط المهر اتفاقا كذا في المصفى ولو قتلت الامة

نفسها فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية لا يسقط لانه حق المولى كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وعكسناه اي الحكم في الامة وقلنا لا يسقط المهر في قتل الحرة نفسها وقال زفر رحمه الله يسقط لانها فوتت
المبدل قبل التسليم فيفوت البدل كما اذا قتل المولى امته ولنا ان المهر يتأكد بالموت فبعد موتها انتقل الى
ورثتها فلا يسقط لان جناية المرأة على نفسها غير معتبرة اصلا في حكم الدنيا ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
اذا قتل المسلم نفسه يغسل ويصلى عليه فلا يصير على نفسه بخلاف قتل المولى امته لان المهر له ولو تزوجت بغير
اذن من مولاها فاعتقها حكمنا بنفاذه اي بنفاذ النكاح وقال زفر رحمه الله لا ينفذ بل يبطل وهو قول
الثلاثة كذا في المبسوط لانه كان موقوفا على اجازة المولى والاعتاق ليس باجازة وبعد العتق يرتفع ولايته
عنها فيبطل ولنا ان نكاحها منعقد لكونها من اهل العبارة لكن عدم نفوذه كان لحق المولى فاذا زال حقه
بالعتق ينفذ ولا خيار لها لان خيار العتق يشرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة ملك ثبت بعد العتق
والنكاح ههنا ينفذ بعد العتق ثم اعتاقه اذا وجد بعد دخول الزوج فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكه
فالبدل له وان وجد قبل الدخول بها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكته والقياس ان يلزمه مهران بالدخول
قبل نفاذ النكاح وذلك مهر المثل ومهر النكاح وهو المسمى وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد وهو المسمى لان النكاح لما
نفذ استند نفاذه الى وقت وجوده والوطئات وان تكررت في نكاح واحد لا يوجب الا مهرا واحدا اذا
كانت امة او مدبرة وان كانت ام ولد لا ينفذ النكاح عليها لان العدة وجبت عليها من المولى لما اعتقت
قبل دخول زوجها والعدة مانعة نفاذ النكاح وان دخل بها زوجها ثم اعتقت مولاها اجاز نكاحها لان قيام
العدة من الزوج تمنع وجوب عدة العتاق او تزوجت الامة بلا اذن مولاها قبل الاجازة فدخل بها
زوجها ودخل بها المولى ايضا فمات مولاها ثم ورثها من تحرم عليه وطئها كالابن ورثها من ابيها وكان الاب
وطئها فتحرم عليه او لم يطأها الاب ولم يدخل بها الزوج ايضا لا يصح نكاحها باجازته لانها تحل للابن
حالا فابانا فيبطل الحل الموقوف وان دخل الزوج بها لا يحل للابن ايضا لوجوب العدة كذا في النوازل
فاجاز ذلك الوارث ذلك النكاح او اشتراها مولى الامة المذكورة من يحرم عليه فاجاز نكاحها او
اشتراها انثى سواء كانت وارثا او لا فاجازت نكاحها صح نكاحها الموقوف على الاجازة وقال
يبطل لان ولاية المولى انقطعت عنها فاجازة غيره لا تنفذ ولنا ان المولى الثاني قائم في الاجازة مقام
الاول في الملك فيقوم في الاجازة بخلاف ما اذا ملكها من يحل له وطئها لانها حلت له بالحل البات فيبطل
الحل الموقوف لطرو البات وضعف الموقوف في محل واحد حتى لو وطئها الزوج حال التوقف ثم باعها
المالك صحت الاجازة من الثاني لان وطئ الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري فلم يرتفع الحل الموقوف كذا في المحيط

ولو ملكها من يحل له نكاحها بنفس العقد ولا يجوز اجازة الثاني اتفاقا ولو نكح العبد بغير اذن من مولاه
ثم طلق ثلاثا ثم اذن له مولاه بالتزوج ثم جددا التزوج ثانيا عليها على الملك المطلقة بلا تحليل يجيزه
ابو يوسف رحمه الله النكاح الجديد بلا كراهة وقالا يكره لان الاجازة صحت من وجه لانها تستند الى اصل
العقد فان لم يوجد النفاذ حقيقة لانعدام النكاح في الحال ففيه شبهة النفاذ فاورثت شبهة وقوع
الطلاق فيكره بلا التحليل ولنا ان الطلقات الثلاث صادفت نكاحا غير منعقد فيلغو كما لو لم يجز المولى
ولو طلقها بواحدة لا يكره اتفاقا ولو زوج المولى بنته مكاتبته ثم مات المولى لا ينفسد النكاح الا اذا
عجز فرد الى الرق فيبطل النكاح اجماعا ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها والا فلها المهر في رقبته فيبطل منه بقدر
حصتها لان المولى لا يستوجب على مملوكه شيئا وقال الشافعي رحمه الله يفسد النكاح وان لم يعجز لانها ملكته
بالارث الا يرى ينفذ عتقها اياه ولها بدل الكتابة ولنا انها لم تملكه وانما ثبت ملكها في بدل الكتابة
ولهذا لا يبطل دينها الثابت عليه اما اعتاقها فانما ينفذ لانه حر من وجه لا يحتمل النقل لتضمنه الابراء
عن بدل الكتابة لان المكاتب يمتنع نقله من ملك الى ملك لكونه حرا من وجه ثم يثبت العتق بعده ولهذا
لا يعتق الا باعتاق جميع الورثة ليحصل البراءة عن بدل الكتابة وحكم محمد رحمه الله بحرية ولد العبد المغرور
بالقيمة صورته تزوج عبد باذن مولاه امرأة على انها حرة فولدت منه ولدا ثم ظهر انها امة قال محمد رحمه الله
يأخذها مولاها ولا يأخذ ولدها لانه حر بالقيمة يدفعها بعد العتق قياسا على الولد الحر المغرور وغاية
حالتي المولى والولد واليه اشار بقوله كالحر فان الحر لو تزوج امرأة على زعم انها حرة فظهرت انها امة كان
ولده حرا بالقيمة اتفاقا وقالا يأخذ مولاها كما يأخذ امه لانه الحق لان الولد مخلوق من ماء الرقيقين فكان
رقيقا فلا يكون حرا بالقيمة لانه كالقياس في ولد المغرور ان يكون رقيقا لان الولد تبع للام في الرقية والحرية
الا انا لما عرفنا باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ان الحر المغرور بالقيمة تركنا القياس به فلا يقاس عليه غيره
مع ان المساواة بينهما منعدمة لان الحر المغرور يطالب بالقيمة في الحال والعبد يطالب بها بعد العتق

فصل

في العيوب ونحو لا تخير زوجة اي زوج المنكوحة فيجوز ان يضاف المصدر الى الفاعل وذكر المفعول متروك او يضاف
الى المفعول وذكر الفاعل متروك فلا يثبت الخيار لكل من الزوجين كما هو قول بجنون وجذام وبرص ورتق
بفتح التاء وهو لحمة في فم الرحم وقرن بسكون الراء عظم في فم الرحم وفي المغرب هو مانع يمنع سلوك الذكر في الفرج
اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم واختصم الى شريح في جارية بها قرن فقال اقعدوها فان اصاب الارض
فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب كذا في شرح الهداية وكل منها يمنع دخول الذكر كذا في المغرب وقال الشافعي رحمه الله
يجوز ردها زوجها بهذه العيوب الخمسة رد زوجها وهو قول مالك واحمد رحمهم الله كذا في العيون لان كلا منها

يمنع من الاستمتاع طبعا او حسا وهو كذا بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد فيوجب
حق الفسخ كما اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا ولا يزاد على الخمس عنده وذهب بعضهم فالحق بها كل عيب يكسر
سورة التوقانى ولنا ان الفايت بهذه العيوب تمام الرضا وهو ليس بشرط للزوم النكاح ولهذا يثبت بلا رؤية
واما هو المستحق بالعقد وهو التمكين من الوطي حاصل من جهتها ولا يعتبر فوات ثمرته لامكان ان يستمتع عن
امراة اخرى بخلاف ما استشهد به لان المراة ليس لها ان تدفع حاجتها من رجل اخر فيفوت ما هو المقصود
من النكاح واذا ردت انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان دخل بها قبل العلم بها لعيب فلها المهر
ويرجع على من زوجها واما النفقة والسكنى فلا يجب ان كانت حائلا والبرص المثبت للخيار عنده هو الذي لا يقبل
العلاج دون اوائل الجذام ولم يعتبر في الجنون ان لا يقبل العلاج كذا في الحقايق واجاز محمد رحمه الله لها رد
اى للمراة ان ترد زوجها بالثلثة الاول وهي الجنون والجذام والبرص لان حقها من التمتع يفوت بهذه
الثلثة فتخير كما لو وجدته مجبوبا او عنينا بخلاف جانبه لانه يمكن دفع الضرر عنه بالطلاق وقالا ليس لها
الرد لان استيفاء حقها يتصور مع القصور فلا يثبت لها الخيار حذرا عن ابطال حق الزوج واما تخيرت
في المجبوب والعنين لان استيفاء حقها منه فات بالكلية ويؤجل العنين وهو من لا يقدر على الجماع لمرض
او لكبر سنه او لسحر او يصل الى الثيب دون البكر او لا يصل الى امراة واحدة بعينها وهو من العنة يقال
عن الشي اعرض لانه يعن يمينا وشمالا اى لا يقصده ولهذا سمى العنين به لانه ذكره يسترخي فيعن يمينا
وشمالا ولا يقصد المأتى ولو وجدت زوجها الصبي عنينا لا يؤجل قبل البلوغ لانه يصل اليها بعد البلوغ ظاهرا
كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير ويؤجل الخصي لا المجبوب حتى لو وجدت زوجها مجبوبا وهو من قطع
آلته لا يؤجل بل فرق حالا بطلبها لان العنين انما اجل سنة ليعرف ان عجزه من خلقة او آفة عارضة
يزول بمضي الفصول الاربعة فلا فائدة في تاجيل المجبوب ويؤجل الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال
لانه يرجى منه الوصول اليها او زوج الامة حولا يبتدا من وقت الخصومة ويحتسب ايام الحيض وشهر رمضان
من السنة لا ايام مرضه ومرضها وفي ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية وهي اثنى عشر شهرا ومدتها ثلثمائة واربعة وخمسون
يوما وثلث يوم وثلث عشرين وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله يؤجل سنة شمسية وهي مدة وصول الشمس النقطة التي
فارقها من ذلك البرج وذلك في ثلثمائة وخمسة وستين يوما وربع يوم وهو الاشهر واختلفوا فيها فقال بعضهم
ما ذكر وقال بطلميوس ثلثمائة وخمسة وستون يوما وخمس ساعات وخمس وخمسون دقيقة واثنتا عشر ثانية وهذا انقص
من الاول بجزء من الاجزاء التي يكون اليوم بها ثلثمائة وقال البتاني من المتاخرين ثلثمائة وخمسة وستون يوما
وخمس ساعات وست واربعون دقيقة واربع وعشرون ثانية وهذا انقص من الكتاب بمقدار ثمانية واربعين ثانية

ولما اراد والسنة لا يختلف عدد ايام الشهور في اوراق التقويم اخذوا كل شهر من اثني عشر ثلثين يوما ويسمونها
بالايام المسترقة والمحتوية في اخر السنة تسهيلا للحساب فيجوز ان يكون في طبعه هذه الزيادة وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله ومختار بعض المتاخرين فان دخل بها العنين او الخصي الى زوجته فيها فنعم ويبقى نكاحه
والا اى وان لم يصل اليها فرق بينهما بطلبها اى بطلبها وجه الفرقة هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود
فلا يفرق بدون طلبها وان كانت الزوجة رتقاء ليس لها حق الفرقة لان المانع من جهتها ولو دخل
اليها ثم صار مجبوبا او عنينا او خصيا لا خيار لها لان حقها وطئة واحدة لتحصيل مقصودها من تاكد المهر
والاحصان وما زاد على الواحدة لا يجب عليه حكما ويجب ديانة ولو تزوج امراة عالمة بحاله فالاصح
لا خيار لها ولو كانت صغيرة وزوجها مجبوب لا ينتظر الى بلوغها لاحتمال ان يرضى به بخلاف ما ثبت لها
حق الشفعة فيأخذ وليها او لا ينتظر والفرق ان حق الشفعة ثابت في الحال وفي تاخيره ضرر لها وحق
قضاء الشرع غير ثابت في الحال وحق التاجيل انما ثبت اذا صدق زوجته في عدم الوصول واما اذا
كذبها وهي ثيب فيستحلف الزوج لانه ينكر استحقاق الفرقة عنده فان حلف فهي امرأته وان نكل يؤجل
سنة وبعد مضي السنة ان صدقها في عدم الوصول يفرق وان كذبها يستحلف ايضا وان نكل تخير لتاكد
دعوى المراة بنكول الزوج وان حلف بطل حقها في التخيير وان كانت بكرا فادعى الزوج الوصول تنظر
اليها النساء فان قلن هي بكر يؤجل سنة وبعد تمام السنة ان قلن هي بكر يفرق وان قلن ثيب يستحلف الزوج
لانه لا يلزم من ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكارة بشيء اخر فان حلف فهي امراته وان نكل يفرق
فان سال الزوج القاضي ان يؤجل سنة اخرى او شهرا لا يفعل ذلك الا برضاء الثيب فان رضيت ثم رجعت فلها
ذلك ويبطل الاجل وهي تجعل الفرقة طلقة بائنة لا فسخا اى نقول لان في الشافعي رحمه الله فانه قال هي فسخ وهو قول احمد رحمه الله لان
المراة ردت الزوج بعيب فكان كالبيع يرد بعيب فلا ينتقص بها عدد الطلاق لانها فرقة من جهتها لحصولها بطلبها
ولنا ان هذه الفرقة من جهته لان التسريح باحسان كان واجبا دفعا للظلم عنها ولما لم يفعل الزوج ناب القاضي
منابه فكان طلقها الزوج بنفسه فكان الفعل منسوبا اليه وثمرة الخلاف تظهر فيما فرق قبل الدخول فيجب عندنا نصف
المهر لانه طلاق قبل الدخول وعنده لا يجب شيء من المهر لانه فسخ عن اصل النكاح والفرقة اى الزوجة
عن زوجها العنين بعد امهال سنة بتفريق الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تفترق لها اخترت نفسي او ابنت
نفسي بلا تفريق الفرقة لان الشرع خيرها فصارت مخيرة كمخيرة الزوج وله ان الملك للزوج فلا يزول الا
بازالته او بازالة من يقوم مقامه واذا كان زوج الامة عنينا فالخيار في تفريقها ثابت للمولى في رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله كذا في النوازل لان المقصود من النكاح هو الولد وملكه يحكم

ابو يوسف رحمه الله الخيار لها لان الوطى بعدها وهو قول زفر رحمه الله كذا في النوازل ولو نقص منعنا نقص المهر بعيب
يسير في القيميات وهو ما ينقص مقدارا لا يدخل تحت تقويم المقومين وقال زفر رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله
لانها انما رضيت بالمهر سليما كما في البيع فاذا فاتت السلامة فلها ان ترده كما اذا كان المهر مثليا ولنا ان الرد
غير مفيد لان النكاح لا ينفسخ به لفاسد ولا يتكامل ولم يثبت مثلي حتى يوجب مثله سليما ولا فايدة
في ايجاب قيمته ايضا لان كون قيمته خيرا غير معلوم لان التقويم لا يخلو عن تفاوت يسير لانه انما يكون
بالظن لا باليقين بخلاف الفاحش لانه لا يدخل تحت التقويم وكانت قيمته اعدل منه وبخلاف البيع لان الرد
فيه يوجب اعادة المعوض فالرد فيه مفيد ولو لم يكن المهر مقبوضا وحدث فيه عيب سماوي فلها الخيار اجماعا ان
شاءت اخذته ناقصا وان شاءت اخذت القيمة يوم العقد ولو حدث العيب بفعل الزوج ان شاءت اخذته
وقيمة النقصان وان شاءت اخذت قيمته والفرق بين زفر والشافعي رحمهما الله بناء على ان التسمية تبطل
عند الشافعي رحمه الله بالرد بالعيب فيجب مهر المثل وعنده لا تبطل كما في الفاحش لقيام النكاح الموجب للتسليم
والعجز عن تسليمه سليما فيجب تسليم القيمة

فصل في نكاح اهل الشرك

هم الذين لا كتاب لهم
وهم من اهل الذمة وائمتنا والشافعي رحمهم الله اجازوا انكحة الكفار وقالوا كل نكاح صح فيما بيننا صح
عندهم الا عند مالك رحمه الله فانه قال لا يجوز انكحتهم مطلقا فاذا اسلموا يجدد نكاحهم لان في نكاحهم شروط
الجواز منتفية ولنا قوله عليه السلام لا من سفاح ولو لا صحة عندهم لما قال كذا ولقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب
ولو لم ينعقد النكاح لما صح الاخبار بانها امرأته ولو تزوج بغير شهود وذلك في دينهم جاز نحن اجزناه و
قال زفر رحمه الله لا يجوز وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيني ويورث الضد مالك وزفر رحمهما الله لقوله لا نكاح الا
بشهود واذا اسلما نحن ابقيناه اي نكاحهما فلا يفرق بينهما وقال زفر رحمه الله يفرق لكون نكاحهما غير جائز
وانما لم يتعرض قبل الاسلام لوجود عقد الذمة فاذا اسلما او ترافعا الامر الينا وجب التفريق ولنا
ان الاشهاد على النكاح حق الشرع وهم قبل الاسلام لا يخاطبون به ونحن مامورون بتركهم على ما يعتقدون
فاذا ترافعا اقر عليه لان الاشهاد شرط الابتداء دون البقاء فاذا جاز نكاحهم بقي بعد اسلامهم على
ان النكاح بغير شهود مختلف فيه فان عند مالك وابن ابي ليلى ينعقد بغير شهود وينبغي ان يجري
بينهما توارث او تزوج ذمي محرمه اي بنات رحم محرم فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يحكم لها بالنفقة
اذا طلبت ولا يسقط احصانه اذا دخل بها او اسلم بعد ذلك حتى يحد قاذفه ولا يجري توارث بينهما
ايضا وقالا غير جائز وهو قول مالك وزفر رحمهما الله حتى يسقط احصانه بالدخول بها ولا يحكم لها بالنفقة
وكذا الخلاف لو تزوج ذمي زوجته المطلقة ثلثا او الخمس او الاختين وشرط التفريق بينهما اذا تزوج المحارم

بمحرمه اتفاقهما اي الزوج والزوجة على التفريق عند القاضي عنده وفرقا اي قالا يفرق الحاكم لقوله تعالى
وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم واذا حكما رجلا فهو كالحاكم المولى في التفريق كذا في الحقايق
بمرافعة احدهما كالاسلام اي كما يفرق باسلام احدهما لان النكاح بطل بانعدام المحلية ولهذا لا يتوارث
به الا انا امرنا بتركهم على ما يدينون فاذا رفع احدهما امره فقد التزم حكم الاسلام فيفرق بينهما وله
ان هذا النكاح صحيح في اعتقادهم فلا يتعرض لهم في شريعتنا ما داموا على اعتقادهم ومرافعة احدهما لا تدل
على بطلان اعتقاد الآخر ولا يمكن الحكم على المدافع لانه يستلزم الحكم على صاحبه بلا رضاه ولا ولاية لنا
على الزامهم لانا مامورون بتركهم وما يدينون بخلاف اسلام احدهما لان اعتقاد الآخر لا يعارض الاسلام لان الاسلام
يعلو ولا يعلى وبخلاف ما اذا اتفقا على التفريق لانهما ابطلا اعتقادهما بجواز النكاح واما عدم الارث
فلانه ثبت بالنص في النكاح الصحيح مطلقا على خلاف القياس فلا يقاس عليه هذا النكاح او تزوج في عدة
كافر اي معتدة كافر ثم اسلما فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول زفر كذا في الهداية وهو
قول الشافعي وابي يوسف رحمهما الله كذا في العيون فيجب تجديد النكاح واختلف في تخريج قول ابي حنيفة رحمه الله قال بعضهم
تجب العدة على الذمية من الذمي عنده لكن اذا تزوجها في العدة وهم يدينون جواز النكاح في العدة يقع
جايزا والمتن يشير الى هذا التخريج لكن الصحيح ما روى ابو يوسف رحمه الله عنه انه قال ليس على الذمية من الذمي
عدة خلافا لهما وانما تعتد على قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجزيه الارث ويقضى بنفقة العدة ولا يسقط متى دخل
بها لان الخطاب المحرم كان غير نازل في حقهم فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون انه لم يكن رسولا وقد انقطعت
ولايتنا الالزام بالسيف والحاجة بمكان عقد الذمة وشرع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ
رسولا فلما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ في حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقي حكم جواز الصلوة الى بيت المقدس
في حق اهل قبا ما لم يبلغهم الخطاب التوجه الى الكعبة واذا ثبت صحة النكاح بهذا الطريق ثبت ما هو من ضروراته
كالنفقة وبقاء الاحصان واما الميراث فليس من ضرورات صحة النكاح من كل وجه ولهذا يمنع التوارث بسبب
كالرق واختلاف الدين فعلى هذه الرواية جاز النكاح عنده لعدم مانع العدة وعندهما لا لقيام العدة واذا
طلق الحربي الحربية لا عدة عليها بالاجماع ولو كانت الذمية كتابية تعتد من مسلم بحق المسلم ولا للذمي
ان يتزوجها في العدة اتفاقا لان العدة تجب صيانة لماء المسلم كذا في الحقايق لهما ان نكاح معتدة
الغير حرام اجماعا وقد التزم اهل الذمة احكامنا فيلزمهم هذا الحكم فيفرق بينهما واما نكاحهم بغير شهود
فانما يجوز عندهما كما سبق لان حرمته مختلف فيها وهم لا يلتزمون احكامنا بجميع الاختلافات وكانت العدة
لا يمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لا يعتقده فلم يتحقق ما يمنع النكاح فلا يفرق

بينهما كما في نكاح ذات الرحم المحرم لان المحرمية ينافي بقاء النكاح والعدة تنافيه الا يرى ان المنكوحة لو وطئت
بشبهة فعليها العدة ولا يفسد النكاح وهذا الاختلاف في التفريق فيما لو كانا ترافعا او اسلما قبل انقضاء
العدة واما لو كانت بعد انقضائها لا يفرق اتفاقا كذا في النهاية او تزوج بغير مهر والحال انهما اي الزوج
والزوجة ذميان فلها مهر المثل غير لازم عند ابي حنيفة رحمه الله ولو ترافعا امرهما الينا او وجد الوصل او اسلما وقالا
لها مهر المثل سواء ترافعا او ترافع احدهما وكذا في الاسلام هذا محمول على ما اذا لم يبينوا وجوب مهر المثل ولو
دانوا وجوبه بحالة النفي وجب مهر المثل اجماعا لهما انهم التزموا احكامنا ومن حكمنا ان لا نكاح الا بالمهر
ولان وجوب المهر لكان حق الشرع وهم لم يخاطبوا به ولكان حق المرأة فهي لم تعتقد وجوبه ورضيت
بتركه فلا معنى للايجاب ولو نفيا النفقة والسكنى ينتفي اجماعا ولو سكتا عن المهر لا نفيا ولا اثباتا فعن ابي
حنيفة رحمه الله روايتان في رواية لها مهر المثل كما حكينا في الحربيين بعدم لزوم مهر المثل ولا شيء اخر اذا نفياه
ثم اسلما او ترافعا الينا وقال زفر رحمه الله يحكم لها بمهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بالمال المشروط في البضع
فوجب العوض ولنا ان نفياه وكنا ان الزامهم متعذر لعدم التزامهم حكمنا فلا فايدة في الايجاب ولو نكح
والحال ان الزوج والزوجة ذميان خمرا او خنزيرا بعينهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض فلهما اي
اي الخمر والخنزير لها عند ابي حنيفة رحمه الله لان المرأة ملكت عينهما وقت العقد والاسلام لا يمنع قبضهما
كما لو اسلمت ولها في يد غيره خمر او خنزير فلها ان تقبضها وتخلل الخمر وتطلق الخنزير في البيتة والدم روايتان
عن ابي حنيفة رحمه الله او كان الخمر والخنزير دينا في الذمة فالقيمة فيهما اي في الخمر واجبة عند ابي حنيفة رحمه الله لان ملكها
في غير المعين انما يحصل بالقبض لان الدين يقتضي مثلا والاسلام ينافيه فيجب قيمة الخمر لكون تسميتها صحيحة وقت العقد
واخذ قيمتها ليس كاخذ عينها لانها من ذوات الامثال وتجب مهر المثل فيها اي في الخنزير لانه من ذوات القيم فاخذ
قيمته كاخذ عينه وتوجبه ابو يوسف رحمه الله فيهما مهر المثل في صورتي كونهما عينين او دينين لان القبض
حكم الابتداء ولو كان ابتداء العقد عليهما عينا كان او دينا وجب مهر المثل فكذا هذا الا القيمة نفي لقول
محمد رحمه الله فانه قال تجب القيمة في الصورتين لان التسمية وقت العقد كانت صحيحة لكون المسمى مالا عندهم
فلما عجز عن تسليمها بالاسلام يلزم تسليم قيمتها كما لو تزوج امرأة على عبد غيره ولو اسلمت تحته تعرض علي
على الزوج الكافر سواء كان كتابيا او مجوسيا الاسلام وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض وهو قول محمد رحمه الله كذا في العيون
لان في العرض تعريضا لهم ونحن امرنا بان لا نتعرض لاهل الذمة الا ان هلك النكاح قبل الدخول لا يتأكد
فينفسخ بنفس الاسلام وبعد الدخول يتأكد فيتأخر الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق فان بنفس الاسلام
قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بانقضاء العدة ولنا ان الاسلام لا يصلح ان يكون فارقا

115

لانه سبب اثبات العصمة وتاكد الملك وكذلك الكفر من بقي على الكفر لانه كان موجودا قبل هذا
وكذلك اختلاف الدين فان عنده ليس سبب كما لو كان مسلما والمرأة كتابية فلا بد ان يقرر السبب لو جد
للفرقة وذكر عرض الاسلام عليه لا بطريق الاجبار عليه وذلك لان النكاح يوجب الامساك بالمعروف او
تسريح باحسان والامساك بالمعروف ان يساعدها على الاسلام فاذا لم يساعدها عليه فيجب العرض فان اسلم
حصل كل المقاصد والا يقع الفرقة بابائه حتى لو كان زوجها صبيا يؤخر الى ان يعقل الاسلام فان
عقل عرض الاسلام عليه لانه حل المتعة له فان تكفر تخاطب بالاسلام لحق زوجته والصبي يؤاخذ بحقوق
العباد كذا في المحيط فان اسلم فهي امرأته بالاجماع والا فرق بابائه عن الاسلام وتجعل ابو يوسف رحمه الله
هذا التفريق فسخا وهو قول الثلثة كذا في العيون حتى لا ينتقص من عدد الطلاق وقالا يجعل ان
طلاقا بائنا وان لم يكن الزوج الابي عن الاسلام اهلا للطلاق كما اذا كان صبيا يعقل لان الزوج
على الامساك بالمعروف او التسريح باحسان بالنص وبالاباء امتنع عن تسريحها باحسان فناب القاضي منابه
في التسريح وهو طلاق ولابي يوسف رحمه الله ان هذا لو كان طلاقا لما تصور عن جهتها والفسخ متصور منها كما اذا ابت
مجوسية بعد اسلام زوجها فيكون فسخا ولو اسلم مجوسي والحال ان تحته مجوسية فعرض عليها الاسلام فابت
فرق بينهما بغير طلاق اجماعا لانها ليست اهلا للطلاق حتى ينوب القاضي منابها وعند الشافعي وعند محمد
لا يعرض الاسلام فلو اسلم قبل الوطي يفرق في الحال وبعده يتوقف على مضي المدة وعند مالك رحمه الله فيما لو اسلمت
اولا فكذلك والا كقولنا واباؤها طلاق لا ابائه كذا في العيون ولو تمجست نصرانية وقت اسلام زوجها
يكون فرقتها طلاقا لانها احدثت زيادة صفة الكفر لها فاثر في تحريم المتعة وهي التمجس فاثر في فساد العقد
دون ارتفاعه كذا في المحيط ويكون لها اي للمرأة التي ابى زوجها عن الاسلام المهر ان دخل بها لانه تأكد بالدخول
بها والا اي وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها فاشبه الردة وان ارتد احدهما اي احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة بينهما في الحال وعند الشافعي رحمه الله بعد الوطي بعد مضي العدة كذا في
العيون بغير طلاق وجعل محمد رحمه الله ردته اي ردة الزوج طلاقا وردتها يكون فسخا بالاجماع لان مشايخ
بلخ رحمهم الله قالوا ردتها لا يؤثر في فساد النكاح فلا تؤثر بتجديد النكاح عليهن حسما لهذا الباب عليهن
وعامة مشايخ بخارى قالوا الكفر يفسد النكاح لكنها تجبر على النكاح بزوجها الاول ان اسلمت والا حبست
كذا في الخلاصة وقاس محمد رحمه الله اباه على ابائه عن الاسلام لان كلا منهما وقع بالاختيار وابو يوسف مر على
اصله وجعل ردته فسخا كابائه وابو حنيفة رحمه الله جعل ردته طلاقا كما جعل ابائه طلاقا فيما سبق لان
الردة منافية للنكاح فلا يكون رافعا له لان رفع الشيء تقتضي بقا وجود المرفوع والاباء لا ينافي

ولهذا بقي النكاح بعد الاباء ما لم يفرق القاضي ولنا ان الردة تنافي النكاح حكما لا حقيقة فلا توجب الحرمة
المؤبدة كالحرمية فجعلناه فسخا نظرا الى الحكم واوقعنا طلاقه بعد الردة نظرا الى ثبوت المحلية من حيث
الحقيقة عملا بالشبهين فان كان دخل بها والحال ان الزوج هو المرتد فلها كل مهرها ونفقة العدة والا اي
وان لم يدخل بها فنصف المهر ولا نفقة لها وانما قيد بالدخول بعد نفقة الزوج دفعا لتوهم لزوم مهر المثل
او العقد كما في نفقتها بعد الدخول بها واما الدخول قبل الارتداد فلا ارتياب في وجوب كمال المهر وان ارتدت
قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة لها ايضا لانه لا عدة لها ولم يذكر حكم ما بعد الدخول لسبق الحكم فيه وهو ثبوت
المهر لتاكده وان ارتدا معا واسلما معا بقينا نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل النكاح بينهما وهو
قول الثلثة كذا في العيني لان ردة احدهما منافية للنكاح ففي ردتهما اولى ولنا ما روي
ان بني حنيفة رضي الله عنه ارتدوا في زمن ابي بكر رضي الله عنه ثم اسلموا فلم يامرهم بتجديد نكاحهم والارتداد منهم
واقع لجهالة التاريخ فكانهم ارتدوا معا واسلموا معا فلو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح لاصرار الاخر
على الردة لانه مناف كابتدائها ونحن نحكم بالفرقة حال الردة اي ردة احد الزوجين بلا تاخير قبل الدخول
وبعده والتفريق اي نحكم بالتفريق بينهما بالاباء عن الاسلام حين اسلم احدهما وخروج المهاجرة الينا
عطف على الردة اي نحكم بالفرقة حال خروج المهاجرة الينا وهي المراة التي خرجت من دار الحرب الى دار الاسلام مبينة منه
ان لا تعود اليها سواء كانت اسلمت او لا مراغمة لزوجها اي مفارقة على رغم زوجها او مغاضبة له …
وقع التفريق بالخروج لاختلاف الدارين لا بانقضاء العدة بالدخول بها خلافا لقوله ان في … فانه
قال اذا كانت المهاجرة مدخولا بها انما يقع الفرقة بانقضاء الاقراء كما في الطلاق لان ملك النكاح تاكد
بالدخول وان كانت غير مدخول بها تقع الفرقة في الحال وقلنا ان سبب الفرقة الردة والاباء ومنه
تحققها الهجرة يثبت الحكم عقيبه لا بانا كما في الرضاع تثبت الحرمة عقيبه فالمهاجرة لا عدة عليها الا اذا كانت …
بها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة وهو قول الثلثة كذا في العيني لان الفرقة وقعت بالدخول في دار الاسلام
فيلزمها حكم الاسلام حتى لو طلق الحربي الثلث في دارهم ثم هاجرت الى دار الاسلام لا عدة عليها بالاجماع لان الفرقة
وقعت في دارهم وهم لا يواخذون باحكامنا وله ان العدة حرمة ملك النكاح وبتباين الدارين لم يبق لها
فلا تجب العدة وثمرة الخلاف تظهر في ان الحربية لو دخلت دار الاسلام فيلزمها بعد الاسلام لم يلزم نسب الحربي
لولدها عنده لعدم العدة الا ان ياتي به لاقل من ستة اشهر من وقت الخروج وعندهما يلزمه الى سنتين
لقيام العدة ولو تزوجها انسان في عدتها في دار الحرب لا تجب العدة اجماعا فله ان يتزوج اختها واربعا
سواها للحال كذا في الحقائق والكلبية اي كما لا عدة على المنكوحة المسبية وان كانت المهاجرة حاملا لا يجوز نكاحها

حتى تضع حملها اجماعا لان ولدها ثابت النسب من الغير وذا يمنع جواز النكاح كام الولد وحملت
من مولاها واذا اسلمت حربية وزوجها كافر في دار الحرب ولم تسلم الحربية وتحته مجوسية بانت منه اي زوجها
بانقضاء ثلث حيض حتى لو اسلم الاخر قبل مضيها لم يفرق وان جعلنا البينونة بالانقضاء لان
الاسلام لا يصلح سببا للفرقة والعرض لنا على اهل الاسلام على زوجها المجوسي فاقمنا شرط البينونة
في الطلاق الرجعي وهو ثلث حيض مقام تفريق … الحاجة الى تخليص المسلم عن مذلة الكافر هذا
اذا كانت ممن تحيض واما اذا كانت ممن لا تحيض فلا تقع الفرقة ما لم يمض ثلثة اشهر وهذا الحيض لا يكون عدة
ولهذا استوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها ويفصل الشافعي رحمه الله بين المدخول بها وغير المدخول بها فقال
ان كان قبل الدخول يتوقف على انقضاء العدة وهذا الحكم عنده لا يختلف بدار الحرب بدار الاسلام كذا في
الهداية واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة عليها بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها ابتداء
فلا يبقى اولى لانه اسهل من الابتداء فلو هاجرت الينا بعد انقضائها لا يجب عليها العدة عنده ولا تجب العدة عندنا
ذكر في السير الكبير ان هذه الفرقة طلاق عندهما لان التزام منع … بدلا عن قضاء القاضي فيقوم مقام
وروي عنهما انها فرقة بغير طلاق لانها وقعت لا بتفريق القاضي فكانه بمنزلة ردة الزوج ونحن نجعل
تباين الدارين سببا للفرقة فاذا خرج احد الزوجين الى دار الاسلام يقع الفرقة بينهما بسبب تباين الدارين
لا السبي خلافا لقول الشافعي رحمه الله فانه قال سبب الفرقة السبي وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيني حتى
لو سبيا معا لم يقع الفرقة عندنا وتقع عنده ولو سبي احدهما يقع الفرقة اجماعا لوجود تباين الدارين في
وجود تباين الدارين ووجود السبي … لا يقع انما قال ان السبي يقتضي خلوص الملك
وهو يستلزم انقطاع ملك النكاح وتباين الدارين انما يؤثر في انقطاع الولاية التي هي …
عن نوع … وهو لا يبطل النكاح حتى لو خرج الحربي المستامن الينا لا تبين امراته وكذا ان …
النكاح مع تباين الدارين حقيقة وحكما لا ينتظم … بالمحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا يبطل
النكاح كما لو اشترى امة منكوحة الغير وانما لم تبن امراة المستامن لانه في دارنا حكما والتباين
انما ثبت لمن جاء الينا احكاما … على الاطلاق بان جاء الينا مسلما او ذميا واما اذا لم يكن كذلك بل ثبت
من وجه دون وجه لا يقع الفرقة واذا اسلم زوج الكتابية بقي النكاح اجماعا لان تزوجها كان جائزا ابتداء
فبقاء فيكون اولى ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة اجماعا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ويتبع الولد
الصغير خير الابوين دينا فلو كان احدهما مسلما فالولد يكون مسلما نظرا له لو كان الولد معهما في دار
واحدة او كان الولد في دار الاسلام من اسلمتهما في دار الحرب حتى لو كان من اسلم في دار الاسلام والولد

في دار الحرب لا يكون الولد مسلما باسلام احد ابويه حتى لو كان سبيا صار مملوكا لمن سباه كذا في العيون
فان جاءت كتابية اسلمت بولد قبل عرض الاسلام على زوجها يكون الولد مسلما فعمم هذا الحكم ليدخل
هذا الحكم ليدخل هذا فيه ويتبع الولد الكتابي منهما لا المجوسي سواء كان ابا او اما فاذا كان احد الابوين
كتابيا والاخر مجوسيا تبع الولد كتابيا دون مجوسي لان المجوسي شر منه لان ذبيحته يؤكل ويجوز
مناكحته للمسلم دون المجوسي وعند الشافعي ومالك رحمهما الله لو كان الاب كتابيا صح نكاحه وذبيحته
الا عند احمد وقول لهما ان فرع عنهما الله ولو كان الاب مجوسيا والام كتابية لا يجوز عند الثلثة كذا في العيون
فانه يجعل الولد تبعا في حق حرمة الذبيحة وحرمة مناكحته للمسلمين فانه قال اذا وقعت المعارضة بين موجبي
الحل والحرمة فترجح جانبها احتياطا بخلاف ما اذا اسلم احدهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى كذا في شرح الهداية
ولو اسلم وتحته خمس نسوة فصاعدا او اختان او ام وبنت بطل النكاح ان تزوجهن بعقد واحد فيفرق
بينه وبينهن فان رتب وتزوجهن على التعاقب فالاخير اي نكاح الاخير يبطل وهو نكاح الخامسة
او نكاح الاربع او نكاح واحدة ثم اربعا والاخت الاخيرة والثانية من الام والبنت لما لم يدخل
بها عندهما لان الكفار يخاطبون بالحرمات فانكحتهم فاسدة الا انا امرنا بان لا نتعرض فاذا اسلموا
يجب التعرض لهم كما اذا نكحوا المحارم وخيره محمد رحمه الله المسلم في اختيار الاربع من نسوة مطلقا اي رتب
في تزوجهن او لم يرتب وكذا في الاختين واختار لكون نكاحها صحيحا دون الام لان الام حرمت بالعقد
على البنت فعلى هذا لا يمكن التخيير في البنت ذكر تغليبا له لان الكفرة لا يخاطبون بالشرايع فيصح
انكحتهن وانما وقعت الفرقة بعارض الاسلام فيخير كما لو طلق احديهن بغير عينه ولو دخل بهما وقد
تزوجهما في عقد بطل نكاحهما لثبوت حرمة المصاهرة وكذا ان دخل بها بالام دون البنت لان الام
حرمت بالعقد على البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وان دخل بالبنت فله ان يتزوج البنت دون
الام لان مجرد عقد الام يوجب حرمة البنت وان تزوجها في عقدين فنكاح الاول جايز ان دخل بالاولى
وان دخل بالثانية فان كانت الاولى منها فسد نكاحها لان الام حرمت بالعقد على البنت والبنت حرمت
بالدخول بالام وان كانت الاولى اما فنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام
لا يحرم البنت كذا في المصفى وحكم ابو يوسف رحمه الله بالفرقة بين المسلم بعد نصرانية وهي زوجته تمجست
اي صارا مجوسيين لان الزوج لا يقدر على المجوسية بل يجبر بالسيف على الاسلام والمراة تقدر عليها
فصار كردة الزوج وحده كما لو تهودا اي صار المسلم وزوجته يهوديين يفرق بينهما لان حكم الزوج
حكم المرتد ولهذا يجبر بالسيف على الاسلام وحكم المراة ليس كذلك ولهذا تترك اجماعا وخالفه محمد رحمه الله

وقال لا يقع الفرقة لان سببها حصل منهما فصار كما لو كان الزوجان المسلمين ارتدا معا فلا يقع الفرقة
واذا ارتد احدهما وقعت المنافاة بخلاف ما لو تهودا لانهما لو تهودت وحدها لم يقع الفرقة لان اليهودية
تحل النكاح والمجوسية ليست كذلك

فصل

في القسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال
بين الشركاء فرق بينهم وعين انصباءهم والقسم بالكسر النصيب وهو قسم الزوج البيتوتة بالتساوي
لا المجامعة لانها تبتنى على النشاط وهي نظير المحبة فلا يقدر على اعتبار المساواة فيها ويعدل الزوج
وان كان مجبوبا او صغيرا بين الزوجتين الحرتين في القسم مطلقا سواء كانت احديهما بكرا و
الاخرى ثيبا مسلمة او كتابية جديدة كانت او قديمة فان اقام عند احديهما ليلا يقوم عند اخرى سبعا
فان اقام عنده ثلثا يقوم عند الاخرى ثلثا لان ذلك طريق النوبة مفوض الى الزوج والواجب هو التسوية
دون طريقه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال من كان له امراتان فمال الى احديهما في القسم جاء
يوم القيمة وشقه ساقط وفي رواية شقيه مائل اي مفلوج وعن عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام ... يعدل في القسم
بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا يسقط
القسم بمرضه وفي مرضها لما روى انه عليه السلام استاذن نسائه في مرضه ان يكون في بيت عايشة رضي الله عنها
ويجب نامره اي الزوج بالتسوية بين نسائه قديمة كانت او جديدة لا بان يقيم نفي لقول الشافعي ومالك
واحمد رحمهم الله كذا في العيون فانه قال يقيم الزوج عند البكر الجديدة سبع ليال وعند الثيب الجديدة ثلثا ثم
تستانف الزوج في القسم على التسوية لقوله عليه السلام من تزوج بكرا على امراة عنده يقيم معها سبعة ايام
وان تزوج ثيبا يقيم عنده ثلثة ايام ثم تستانف القسم بينهن ولنا اطلاق ما روينا من حديث ابي هريرة
رضي الله عنه ويكون معنى ما رواه الدور على السبع او الثلث في القسم بالتسوية بينهن جمعا بين الحديثين ولها
للرقيقة مع الحرة الثلث فاذا كان للزوج منكوحتان حرة وامة يقسم ثلث ليال بينهن فللحرة الثلثان
وللامة الثلث لورود الاثر بذلك وانما عدل عن لفظ الامة الى الرقيقة ليشمل الامة والمكاتبة
والمدبرة وام الولد لان الرق فيهن قايم ويسافر من شاء من نسائهن لان حقهن يسقط
بالمسافرة ولهذا جاز الخروج بغير اذنهن واذا سافر بواحدة منهن فقدم من السفر لا يحتسب مدة
سفره معها لانه لم يعرف حقها فصار متبرعا بل يستوي بينها وبين غيرها في القسم وله يستحب له ان يقرع
بينهن فسافر من خرجت قرعتها تطييبا لقلوبهن ونحن لا نوجبها اي القرعة نفي لقول الشافعي رحمه الله
فانه قال يجب القرعة لما روي انه عليه السلام اراد سفرا اقرع بين نسائه ولنا ان ذلك يدل على الاستحباب
لا على الوجوب لانه لاحق لهن في القسم عند السفر ولو اقام عند احديهن شهرا في غير السفر ثم خاصمته الاخرى يؤمر

بان يعدل بينهما في المستقبل واما معنى فهو معذب لكنه آثم فيه ولو عاد الى الجور بعد نهيه القاضي عزر
ويجوز لاحدى الزوجات ان تترك قسمها لصاحبتها لما روى ان سودة بنت زمعة زوجة النبي عليه السلام وهبت يوم نوبتها لعائشة
رضي الله عنها وان ترجع فيه اي في قسمها بعد تركها بالاجماع لان حقها في القسم لم يكن ثابتا بعد فلا يكون مجرد وعد
فلا يلزم

كتاب الرضاع

بفتح الراء وكسرها مص الرضيع من ثدي الآدمية
في مدة الرضاع ويتعلق التحريم اي يتعلق بمطلق الرضاع قليلا كان او كثيرا في المدة اي مدة الرضاع سواء
وصل من ثدي او ظرف او وصل بالوجور او بالسعوط او مختلطا بالدواء واللبن غالب كذا في النوازل
لان الرضاع بعده لا يتعلق به التحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال واما لو فطم الصبي عن اللبن واستغنى
بالطعام عنه ثم ارضع في المدة يثبت به الحرمة في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يثبت به
لان اللبن بعده لا يغذيه فلا يحصل به البعضية وقيل لا يباح شرب اللبن اذا استغنى به كذا في النهاية خلافا للشافعي
رضعات في قوله ان في رضي الله عنه فانه قال لا يثبت حرمة الرضاع الا بخمس رضعات مشبعات في
خمسة اوقات وهو قول احمد في رواية وعن احمد ثلث رضعات كذا في العيون وهو قول مالك كذا في النوازل
حتى لو حصل خمس رضعات في ساعة واحدة لا يثبت الحرمة كذا في الحقايق وفي الوسيط لا ينقطع
التواصل بان يلفظ الصبي الثدي ويلهو لحظة ولا بان يتحول من ثدي الى ثدي لان ذلك تمام رضعة
واحدة وانما ينقطع بالاعتراض لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان فيما انزل عشر رضعات معلومات
فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولقوله عليه السلام
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان فوجب تخصيص الرضعات الاربع على النصوص
المطلقة المقتضية للتحريم فيثبت ما ورد بالمصة فعل الرضيع والاملاجة من فعل المرضع يقال
ملج الصبي امه وامجلت الام صبيها اي ارضعته ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وهي اي مدة الرضاع
ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الاوزاعي وهو قول الثلثة الا ان ما كان زاد ايام يسيرا او لم يجد او قيل
ثلث سنين وعند الحسن البصري اربع سنين وقيل عشر سنين وقيل خمسة عشر سنة وقيل عشرون سنة وقيل
اربعون سنة وقيل جميع العمر مدة الرضاع كذا في الينابيع لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين وله قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ذكر شيئين الحمل والفصال وضرب لهما مدة
ثلثين شهرا فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب لدينين لكن مدة الحمل انتقصت بالدليل
وهو قول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقدر ظل مغزل والظاهر
انها قالته سماعا لان المقادير لا يهتدى اليها بالراي فبقي مدة الفصال على ظاهره ويحمل قوله تعالى يرضعن اولادهن

حولين كاملين على مدة الاجرة حتى لا يجب نفقة الارضاع على الاب بعد الحولين بالاجماع ولا يعتبر الفطام
قبل المدة سواء فطم الصبي او لم يفطم في اثناء المدة اختلف الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله ففي رواية محمد رحمه الله
عنه عليه السلام قوله في ثلثين شهرا فهو رضاع محرم قبل الفطام وبعده وعليه الفتوى كذا في الينابيع
وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه الصبي في الحولين فتعود الصبي الطعام بالطعام
ثم ارضعت في المدة امراة اخرى لا يثبت الرضاع وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهل يباح الارضاع بعد المدة
فيه خلاف والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة كذا في النوازل ونحن نفينا الثلث
وقال زفر رحمه الله مدة الرضاع ثلث سنين لان الفطام بعد الحولين لا يحصل في ساعة بل على التدريج ولا بد
من مدة يتعود الصبي فيها الطعام وينسى اللبن فقدرناها بحول لاشتماله على الفصول الاربعة فيكون ثلث
سنين واذا ارضعت الزوجة صبية حرمت الصبية على اصول زوجها وفروعه واخواتها لان المرضعة
يكون اما للصبية وزوجها الذي انزل اللبن بالولادة منه يكون ابا لها بالاجماع كذا في العيون وفي النوازل
لبن الفحل يتعلق التحريم خلافا للشافعي رحمه الله في احد قوليه واصولها واصول زوجها يكون اصولا للصبية
وفروع المرضعة والزوج يكون اخوة واخوات لها فيحرم ابيات زجانب شير دهنده همه خويش شوند • وزجانب پدر
خويش زوجان فروع • فيحرم الصبية على من ذكرنا كما في النسب لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ولو ولدت من زوج وارضعت ولدها ثم يبس اللبن ثم در اللبن فارضعت صبية لا تثبت الحرمة بين زوجها
وبين رضيعة اللبن الثاني لانه ليس لبن ذلك الفحل كذا في المحيط واذا ارضع صبيان من امراة كانا اخوين
لاب لم بالنسبة الى زوج نزل لبنها بالولادة منه ولو مات زوجها فتزوجت اخر فولدت منه فارضعت صبيا اخر
كانا اخوين لام ولو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم ارضعت كل منهما صغيرا صار الرضيعان اخوين لاب وان
اجتمعا الرضيعان على لبن شاة فلا رضاع بينهما لان حرمة الرضاع مختصة بلبن بني آدم كرامة لهم ونحو
لا تعتبر اللبن اذا غلب عليه الماء او الدواء او لبن شاة وقال الشافعي رحمه الله يعتبر اللبن لو كان معلوما لا
يتغذى به اصلا بقدر خمس رضعات وهو قول احمد رحمه الله ويتعلق به التحريم لوجود التناول لبن المراة وفي الغالية
الغالب كالمعدوم كما في الحلف لا يشرب لبنا فتناول لبنا مغلوبا بالماء يحنث وان امتزج لبن امراة بلبن امراة
اخرى وفي تعدد بينهما تفاوت علقه بهما محمد رحمه الله التحريم بالنسبتين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الجنس
لا يغلب الجنس لكن يتقوى به فيثبت لكل منهما حكم نفسه وتعليقا التحريم باغلبهما اي باغلب اللبنين واكثرهما
لان القليل جعل تابعا للكثير في الحكم كما في اللبن المخلوط بالماء قيل الاصح قول محمد رحمه الله وان امتزج بالطعام
الحكم له ولو غلب فلا اجعل لبن امراة في الطعام واللبن غالب عليه فاكل الصبي لا يثبت حرمة الرضاع عند ابي حنيفة رحمه الله

كالمطبوخ اى كما لا يثبت باللبن المطبوخ الغالب اتفاقا وقالا لا يثبت لان المغلوب كالمعدوم ولهذا
قالوا اشرب الخمر المغلوب بالماء لا يوجب الحد حتى يسكر لان الماء يعاد الخلط بغيره يكون تابعا له لان
غير المايع اشد استمساكا فيكون المقصود التغذى بالطعام لا شرب اللبن ولكن ان كان اللبن يتقاطر
عند حمل اللقمة فهذا هو الاصح كذا فى الكافى ونحن تحريم بعد موتها فاذا رضعت رضيعة لبن مرضعة
بعد موتها يثبت به حرمة الرضاع وقال الشافعى رحمه الله فى قوله لا يثبت لان المرضعة هى الاصل فى ثبوت الحرمة
ثم يتعدى منها الى غيرها والميتة صارت كالجماد فلا يتعلق بها حكم ولهذا لو وطئها لا يثبت حرمة المصاهرة
ولنا ان سبب الحرمة شبهة الجزئية باعتبار الانماء باللبن وهذا المعنى قايم باللبن بعد موتها او
حرمة المصاهرة انما كانت باعتبار الجزئية الحاصلة بالولد والميتة لم يبق محلا للحرث فلم يوجب وطئها
الحرمة وفايدة الخلاف تظهر بما اذا كان للرضيعة زوج يصير محرما للميتة فيجوز له وقتها او يتيمم اذا
لم يوجد من يغسلها ويتعلق التحريم بلبن البكر لان لبنها تغذى الرضيع فيثبت به الجزئية لا بلبن الرجل
لانه ليس بلبن حقيقة لانه انما يتصور منه الولادة ولا بالاحتقان اى باحتقان الصبى لان النماء الذى يثبت
الجزئية انما يحصل به اذا وصل الى المعدة ولو كانت امرأة ذات لبن فطلقت وانقضت عدتها
فتزوجت برجل آخر فحبلت منه وارضعت صبيتها تحكم اى حكم الرضيع من الزوج الاول عند ابى
حنيفة رحمه الله حتى تلد فاذا ولدت علم ان اللبن من الزوج الثانى اتفاقا لان كون اللبن من الاول كان متيقنا
وكونه من الثانى مشكوك واليقين لا يزول بالشك ويثبته ابو يوسف رحمه الله حكم الرضاع من الزوج
الثانى ان كان اللبن رقيقا لان القديم يكون غليظا وان لم يكن فهو من الاول كذا فى النوازل لانهما
نفى لعن محمد رحمه الله فانه قال يثبت حرمة المصاهرة الرضاع بالنسبة اليهما احتياطا لاحتمال كونه منهما
وان لم يحصل منهما وان لم يحصل من الثانى كان اللبن من الاول بالاجماع وكذا لو ولدت يكون من الثانى
اجماعا ولو ارضعت امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا لان الصغيرة تصير بنتا للكبيرة رضاعا
فحرم الجمع بينهما وان لم يدخل الكبيرة زوجها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من جهتها كما لو ارتدت
قبل الدخول فينصف مهر الصغيرة لان الفرقة حصلت قبل الدخول لا من جهتها وارتضاعها
لم يعتبر وان فعلها لانها ليست من اهل المجازاة كما قتلت مورثها ويرجع به اى الزوج بنصف المهر
على الكبيرة ونحن نشترط له الرجوع تعمد الافساد حتى لو لم تتعمد فلا شيء عليها وقال الشافعى
يرجع عليها تعمدت اولا وتعمد الافساد انما يكون لو ارضعتها بلا حاجة وتعلم انها منكوحته وان الارضاع
مفسد فان فات شيء منها لا يكون متعمدة فالقول فى ذلك قولها والجهل لم تعتبر لدفع الحكم وانما يعتبر

لدفع قصد الفساد والذى به يصير الفعل تعديا ولو قبل الابن امرأة ابيه وقال تعمدت الفساد
يرجع الاب عليه بما وجب من الصداق ولو وطئها وقال تعمدت الفساد لا يرجع لانه وجب عليه حد
الزنا فلا يغرم شيئا كما عن الزنا انها اتلفت نصف المهر عليه فيضمن بشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا
ولنا انها اتلفت بالسبب لا بالمباشرة لان النكاح فسد من الجمع بين الام والبنت لا من نفس الارضاع
والضمان بالسبب موقوف على التعدى كحفر البئر وهى انما يكون متعدية اذا قصدت الافساد ولو ارضعتها
اى الرضيعتين الزوجتين اجنبية على التعاقب حرمتا على زوجها وعن لا تختص الزوجة الثانية
بالفساد وقال الشافعى رحمه الله يفسد نكاح الثانية فقط لان الاجنبية يثبت بارضاعها فيتحقق
الحرمة فى حقها ولنا ان الملغذ ثبوت الاجنبية وهما فيه على السواء ولو قال الزوج مشيرا الى زوجته
هذه رضيعتى اى اختى من الرضاع ثم اعترف بالخطأ بان قال اخطأت فى هذا القول لكن تصدق
اى الزوج فى اعترافه ذلك وقال الشافعى رحمه الله لا يصدق بل يفرق بينهما ولا تقتصر هذا على المجلس
حتى لو كان الاقرار فى وقت وقوله اخطأت بعد عشر سنين يعتبر وهذا لو قال لاجنبية ثم اراد
ان يتزوجها لم انه اقر بسبب الحرمة فلا يصدق فى رجوعه عنه كما لو اقر بطلاقها ثم رجع ولنا انه اقر
بما يجرى فيه الغلط وهو الرضاع لانه امر خفى فيصدق لكونه معذورا وكذا فى النسب حتى قال هذه
اختى وليس لها اب معروف ثم قال وهمت صدق كذا فى شرح الوافى ولا يثبت الرضاع الا بشهادة رجلين
او رجل وامرأتين لان فى اثباته زوال ملك النكاح فلا يقبل الا بينة بخلاف ما لو شهد واحد ان هذا
اللحم ذبيحة مجوسى تقبل لان الحرمة فيه لا يستلزم زوال الملك وكان امرا دينيا وعند الشافعى رحمه الله بشهادة
اربع نسوة وعند مالك رحمه الله بامرأتين وعند احمد رحمه الله بمرضعة فقط كذا فى العيون وكان مالك يقول
ثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة لو كانت عدلة وهكذا روى عن عثمان رضى الله عنه وعندنا اذا
وقع فى قلبه انها صادقة فالاحوط ان يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء اخبرت بذلك قبل عقد النكاح
او بعده لان خبر الواحد لو كان ثقة كان حجة فى امور الدين وليس بحجة فى الحكم والقاضى لا يفرق الا بالحجة
الحكمية فاذا قامت حجة دينية ينبغى بان يأخذ بالاحوط كذا فى شرح المجمع

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة ازالة القيد والتخلية يقال اطلقت الابل والاسير وفى الشرع ازالة ملك
النكاح الذى هو قيد معنى وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن وقوله تعالى الطلاق مرتان والسنة قوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه
وقوله عليه السلام ما خلق الله مباحا احب اليه من العتاق وما خلق مباحا ابغض المباحات الى الله تعالى الطلاق

لان فی الطلاق قطع الوصلة التی تتعلق بمصالح الدینیة والدنیاویة الا انه یباح للحاجة عند التنافر
والتشاجر فیتقید بقدر ما یندفع به الحاجة وعلی وقوعه انعقد الاجماع ولان استباحة البضع ملک الزوج
علی الخصوص والملک الصحیح یملک ازالته کما فی سایر الاملاک فیمکنه قوله انت طالق وطلقتک وکون المطلق
عاقلا بالغا والمحلیة فیه کون المراة منکوحة وحکمه زوال الملک عن المحل وانتقاض الحل ومعنی بمعنی
التطلیق مصدر من باب التفعیل کالسلام بمعنی التسلیم وقیل مصدر طلق یطلق من باب نصر ینصر
کذا فی النوازل والمستعمل فی المراة لفظ التطلیق وفی غیرها لفظ الاطلاق حتی لو قال لامراته اطلقتک
لا تطلق ما لم ینو ولو قال طلقتک تطلق نوی او لم ینو کذا فی المحیط والسر ان التطلیق تفعیل یستعمل
فی التکثیر وفی الاطلاق الدابة رفع القید فقط وفی المراة الرفع وازالة الملک والحل وهو نوعان سنی
وبدعی فکل واحد منهما نوعان نوع یرجع الی العدد ونوع یرجع الی الوقت اما الطلاق السنی فی العدد
والوقت نوعان حسن واحسن اشار الی کل منهما بقوله واذا اوقع طلقة فی طهر لم یجامعها او کانت حاملا
قد استبان حملها وترکها حتی تنقضی عدتها وقد اتی باحسن الطلاق بالاجماع لما روی ان الصحابة رضی
کانوا یستحبونه لکونه ابعد من الندم فانه لو جامعها ربما حبلت فاذا ظهر الحبل ندم وکلما کان ابعد
من الندامة کان اقرب الی الاباحة واقل اضرارا بالمراة حیث لم یضیع محلیتها وهو نعمة فی حقها والاولی
ان یوقعه فی آخر الطهر کیلا یتضرر بطول العدة وقیل یطلقها عقیب الطهر کیلا یبتلی بالایقاع عقیب
الوقاع ولو اوقع طلقتین ثنتین او ثلاثا بکلمة واحدة دفعة او فرقها دفعات فی طهر واحد من غیر ان
تتخلل الرجعة بین الطلقات وقع الطلاق فیه خلافا للروافض فان الطلاق البدعی لا یقع عندهم کما
یفعله قوم الطلاق مرتان فالثلاث لا یقع الا ثلث مرات ولا یکون السنة الا واحدة کما قال مالک رحمه الله ولا
سنة فی التفریق بل الکل مباح ونحن نجعل ایقاع الطلاق فی الصورتین المذکورتین بدعة وفاعله
یکون عاصیا وهذا بدعی من حیث العدد وقال الشافعی رحمه الله لیس ببدعة وهو قول احمد رحمه الله لان الاصل فیه
الاباحة فی الطلاق لقوله تعالی ولا جناح علیکم ان طلقتم النساء وقوله تعالی فطلقوهن ولا تفاوت فی
بین طلقة واحدة وبین ثلث فیباح له الثلث وتفریقها فی طهر واحد ولان الحکم المشروع وهو العدد
ترتب علیه ولو کان محظورا لما ترتب علیه المشروع ولنا قوله علیه السلام لعمر رضی الله عنه مر ابنک فلیراجعها
وقد کان طلقها حالة الحیض ثم یدعها حتی تحیض وتطهر ثم یطلقها او تطهر ثم تحیض ثم یطلقها ان احب امره
علیه السلام بتفریق الایقاع ومن اوقع ثنتین او ثلثا یکون مخالفا للماموربه فیکون بدعة ومکروها والمشروع
لا ینافی الحظر لمعنی فی غیره کالطلاق حالة الحیض فان فرقها ای الطلقات فی المدخول بها فی ثلثة اطهار ای فی السنة
فهو حسن وسنی وانما قال السنة فی الواحدة وقال مالک رحمه الله تفریق الطلقات

بدعة سواء کانت بکلمة واحدة او بکلمات وانما السنة ان یطلقها واحدة فلا یباح الا واحدة لان الاصل
فی الطلاق الحظر وانما ابیح لحاجة الخلاص عن الزوجة وهو حاصل بالواحدة ولنا ما روی انه علیه السلام
قال لابن عمر رضی الله عنه ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا او یطلقها لکل قرء واحدة واذا قال الزوج
الزوج للمدخول بها الحرة انت طالق ثلثا للسنة بلا نیة قسمت الطلقات علی الاطهار الثلثة فان کانت
فی طهر لم یجامعها فهی طالق واحدة فی الحال ثم لکل طهر طلقة اما فی الاول فتقسم طلاقها الی طهرین فیقع
کل طلقة فی طهر لان اللام فی قوله للسنة للوقت ووقت الطلاق السنی طهر خال عن الجماع فینقسم
ثلث طلقات علی ثلثة اطهارها ولهذا لو قال فی السنة او وقع السنة او مع السنة لا یقسم ولو نوی ان یقع
عند راس کل شهر واحدة صحت نیته لان راس الشهر یحتمل ان یکون زمان طهرها فیکون سنیا من حیث
الایقاع والوقوع ویحتمل ان یکون راس الشهر زمان حیضها فیکون سنیا من حیث الوقوع فیکون
مترددا بین ان یکون سنیا مطلقا وبین ان یکون سنیا من حیث الوقوع کذا فی شرح الجامع الصغیر للقاضی
وعند الشافعی وزفر رحمهما الله فی روایة یقع فی الحال وعند مالک رحمه الله واحدة کذا فی المحیط ولو قال
لغیر المدخول بها انت طالق للسنة لا یقسم الثلث علی الاطهار اذ لا عدة لها وانما یقسم علی التزوجات
فان تزوجها ثانیا تقع طلقة ولو تزوجها ثلثا تقع طلقة ثلثة والسنی فی غیر المدخول بها انما
یتصور علی هذا الوجه واختلفت الروایة فی الواحدة البائنة قال فی الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة
الی اثبات صفة زائدة وهی البینونة فی الخلاص وفی الزیادات انه لا یکره للحاجة الی الخلاص ناجزا
ونحن اعتبرنا نیة الجمع فی وقوع الثلث فی الحال فی قوله انت طالق ثلثا للسنة فیصح نیته وقال
زفر رحمه الله لا یصح بل یفرق علی اوقات السنة لان نیة الجمع بدعة فلا یصح النیة من لفظ السنة ولنا
ان وقوع الثلث جملة سنی علی معنی انه عرف بالسنة وهو مذهب اهل السنة فیکون سنیا من حیث الوقوع و
عند عدم النیة یحمل علی السنی من حیث الایقاع والوقوع جمیعا لقوله علیه السلام من طلق امراته الفا
بانت بثلث ولو لم یکن ایقاعه سنیا فلا یتناوله مطلق کلامه بلا نیة لانه منصرف الی الکامل وهو السنی
وقوعا وایقاعا واذا نوی الثلث یعتبر لانه من محتملات لفظ السنة کما لو قال کل مملوک لی حر لا یتناول
المکاتب لقصوره فی کونه مملوکا فاذا نواه من المملوک یجوز هذا فیما صرح لفظ ثلثا حتی لم ینص علیها لا یصح
نیة الثلث لانه نعت فرد لا یحتمل وقوع جملة العدد فیه ولو قال انت طالق ثلثا اوقات السنة ونوی الوقوع
جملة لا یصح نیة الجمع لانه تعین ان یفرق علی اوقات الاطهار لان اوقات السنة لفظ خرجت تفریقا مع الاطهار
علی انه لم یذکر الامام الحجة المحبوبی التعلیل فی اصل الوضع وتم السنة ای الطلاق السنی فی العدد للمدخول بها ذکره

اى غير المدخول بها بان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضى عدتها ولان غير المدخول بها ينتهى بطلقة واحدة
وفى المدخول بها لا ينتهى الا بثلثة تطليقات فسمى الواحدة عددا مجازا لانه اصل وخص الطلاق فى الوقت
المدخول بها وهو ان يطلقها فى طهر خال عن الوقاع لان الاصل فى الطلاق الحظر وانما ابيح للحاجة وهى
خفية لا بد لها من امارة فاقيم الطهر الخالى عن الجماع مقام الحاجة لانه زمان يرغب الفحل اليها وكلما تجدد
الطهر تجدد الحاجة فيكون سنيا من حيث الوقوع هذا اذا لم يجامعها فى الحيضة التى سبقت هذا الطهر ولم
يطلقها ايضا فان كان فيها يخرج الطهر الذى عقيبه لن يكون محلا للطلاق كذا فى الفوايد التاجية وصح
اى جاز طلاق غير المدخول بها فى الحيض من غير كراهة وقال زفر رحمه الله يكره قياسا على المدخول بها لانه يتبع
فى التفريق عنها ولنا ان المرء شديد الميل الى المراة لم ينل بها فيكون مرغوبة فى جميع الازمنة فيكون طلاقها
عليها واقعا بحاجة فلا يكره بخلاف المدخول بها لان الرغبة اليها تتجدد بالطهر بعد انها النظر اذا طلقت فى
حيضها وغير المدخول بها ليست كذلك اذ لا عدة عليها ولو كانت لا تحيض لصغر او لو قال للمراة الصغيرة
انت طالق ثلثا للسنة يقع عليها فى الحال واحدة فاذا مضى شهر وقعت طلقة اخرى واذا مضت شهر
اخر وقعت اخرى او كبر طلقها للسنة واحدة فيطلقها فى كل شهر تطليقة فان كان الايقاع فى اول الشهر يعتبر
الشهر بالاهلة ولو كان فى وسط يعتبر الايام كذا فى النوازل وصح اجزنا اى طلاق السنة فيمن
لا تحيض عقيب الوقاع كالحامل اى كما جاز طلاقها حال الحامل بعد وطئها بالاجماع وقال زفر رحمه الله لا يجوز
وانما يجوز اذا طلقها بعد مضى شهر من وطئها وهو قول محمد رحمه الله كذا فى العيون لان الشهر فى حقها قام مقام
الحيضة فوجب الفصل به بين الوطى والطلاق كما وجب الفصل بالحيض ولنا ان الطلاق بعد الوطى
فيمن تحيض انما يكره لتوهم الحبل واشتباه وجه العدة لانه لا يدرى انها حبلت بذلك الوطى فتعتد بوضع
الحمل ولم تحبل فتعتد بالاقراء وفيمن لا تحيض لا يتوهم الحبل فلا يكره هذا لو كان لا يرجى منها الحيض والحبل
واذا كان يرجى فالافضل ان يفصل بينهما بشهر اتفاقا كذا فى المحيط والفرق بين ذوات الاقراء وبين ذوات
الاشهر فى الطلقة الاولى فى ذوات الاشهر تقع الاولى فى الحال ولو كان قد جامعها الساعة وفى حق ذوات الاقراء
ان كان فى طهر جامعها فيه لم تطلق حتى تحيض وتطهر ولو نوى وقوع الثلث جملة فى الايسة والصغيرة فهو على
الخلاف الذى فى ذوات الاقراء ثم يطلق بعد كل شهر يمضى عليها واحدة اخرى بعدما طلق من لا تحيض وبعد
مضى شهر اخر حتى وقع ثلث طلقات بعد مضى ثلثة اشهر وجعل محمد رحمه الله طلاقها اى الحامل للسنة واحدة وهو قول
زفر رحمه الله وقالا تطلق الحامل للسنة الاولى واحدة لان مدة حملها ولو طالت طهر واحد فلا يصح التفريق كالطهر
الممتد وقالا طلاقها السنى ثلث يتخلل بين كل طلقتين شهر فيقوم كل شهر منه مقام الحيض خاصة وهذا احتراز

عن قول بعض اصحابنا ان الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك
بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء بالشهر ويفصل به بين طلاقى
السنة لان المعتبر فى حق ذوات القرء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور
ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وهو الحيض كذا فى النهاية لان الحامل لا تحيض مدة حملها
فصارت كالايسة بخلاف الممتد طهرها لان الحيض مرجو لها فى كل ساعة فلم يقم الشهر فى حقها مقام طهر ولو قال
الزوج لامراته كلما ولدت ولدا فانت طالق للسنة فولدت ثلثة اولاد فى بطن واحد حكم محمد رحمه الله بواحدة
عقيب ولادة الولد الاول وبانقضاء عدتها بالثالث اى بولادة الولد الثالث فلا يقع بالولد الثالث طلاق
عنده فينقضى عدتها بوضع الثالث فلا يقع به شىء وحكم بالثانية اى بوقوع الطلقة الثانية الى زمان السنة
ان تزوجها بعد ذلك هكذا الزوجة قبل ولادة الثالث لا غير اى لا يقع بعد وقوع الثانية طلقة اخرى
لكونها اجنبية بانقضاء العدة وقالا تقع طلقة واحدة وهى الاولى من الطلقات الثلث بعد نفاسها اى
بعد طهرها عن النفاس بعد ولادة الثالث وطلقتان اخريان فى طهرين اخرين فاذا حاضت وطهرت
وقع الثانية ثم حاضت وطهرت وقع الثالثة وهذا الخلاف مبنى على اصلين احدهما ان الحامل لا تطلق
للسنة الا واحدة عنده كما قال زفر رحمه الله وعندهما تطلق ثلثا بين كل طلقتين بشهر وثانيهما ان النفاس
من الولد الاخير عنده ومن الاول عندهما فاذا ولدت الاول لم تصر نفساء عنده فكانت محلا للطلاق السنى
فيقع ولما ولدت الولد الثانى لم يقع شىء لان الحامل لا تطلق للسنة الا واحدة فاذا ولدت الثالث انقضت
العدة التى وجبت بالطلاق عند ولادة الاولى فان نكحها بعد ذلك طلقت اخرى لانه عند ولادة الثانى
كانه اضاف الطلقة الثانية الى وجود وقت السنة ثم لا يقع بعد شىء لانه صادف حال انقضاء العدة
بولادة الثالث فلا يعتبر واما عندهما فلما كان النفاس من الولد الاول لم تكن محلا للطلاق لكونها نفساء
فيتاخر الطلاق الاول الى ان تطهر من نفاسها بعد الثالث ثم الطلاق الثانى والثالث الى الطهر الذى
فيه الطلاق ليس يحل فى الطلاق السنى ويتاخر الثالث الى الطهر الثالث لان الكلام الثالث صحيح عندهما لعدم
الرجوع بالاول والثانى فيصح الكلام الثالث كما صح الاول والثانى فاذا صح الكل يقع الكل فى اوقات السنة واذا طلق
فى الحيض وقع الطلاق بدعيا من حيث الوقت لانه اوقع فى زمان النفرة وانتفاء دليل الحاجة وعند الروافض
لا تقع فى حالة الحيض وكذا فى الطهر الذى جامع كذا فى النوازل ويستحب الرجعة فى قول بعض مشايخنا وهو
قول الشافعى واحمد رحمهما الله كذا فى العيون لقوله عليه السلام لعمر رضى الله عنه مر ابنك فليراجعها وكان طلقها فى حالة الحيض
هذا هو مختار القدورى لان النكاح مندوب فالامر برجعة لا يكون واجبا وقيل تجب وهو الاصح كذا فى الهداية

على الحقيقة الامر ودفعا للمعصية بالقدر الممكن ودفعا للضرر عنها بتطويل العدة وذكر في المنتقى
العنين اذا تم حوله وامراته حايض جاز تفريقها في الحيض لانه صادر من ضرورة وتاخيره متعذر فلا يكون
طلاقا قصديا وكذا اختيار المعتقة نفسها ثم طلقها في الطهر الذي يليه لا يكره فاذا رجع امراته الى طلقها او
طهرت ثم طلقها لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره عندهما او طلق امراته الاي طلقتين تخللتهما رجعة في طهر
لا يكره عنده ويكره عندهما واذا قال لامراته انت طالق الطلقات الثلث للسنة في حال مسها بشهوة بدون
جماع في طهر لم يجامعها فيه يقع الطلاق الاولى فيصير مراجعا لها بالمس ثم يقع الثانية كذلك في هذا الطهر ثم الثالث
كذلك لانه مسها بشهوة بعد مسها فوقع الثلث في طهر واحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يوزع الطلاق على الاطهار
الثلث فيقع واحدة في هذا الطهر واثنتين في طهرين اخرين ومبنى هذا الخلاف في هذه المسائل ان الرجعة يرفع
الطلاق عنده فيجعل كان لم يكن ولا ترفع عندهما لان الطهر عند الطلاق لم ينتقض بالطلقة الاولى وهذا الحكم
باق ابدا لان الطهر الواحد بالطلاق الواحد يخرج من ان يكون محلا للطلاق السنة الا يرى انه لو اوقع
الثاني قبل الرجعة كره فكذا بعده لان الزمان لا يتعدد بها ولهذا اخرج الطهر المتعقب للحيض من ان يكون محلا
للسنة كما يخرج بالوطي فيه ولهذا لو طلق قبل الرجعة كره وبالرجعة لم يتجدد الوقت وله ان حكم الطلقة الاولى
ارتفع في حق هذا الحكم من حيث ان الكراهة انما ثبت باعتبار عدم الحاجة الى الثانية في كونه سنة وهنا قد
احتاج لكون الرجعة قد اخرجت عن كون الطلاق سنيا فصارت الثانية هي الاولى في حق السنة فصارت
السنة بالسنية اليها واما في حق زوال الملك بالطلاق فلا يعتبر فصار كالعبد يملك الطلقتين ابتداء
لان الرجعة استدامة الملك فيما بقي لانه لو لم يراجعها تنقضي عدتها فصار باينا فانقطع وصلة النكاح بينهما
لا انه يملكه كذا في الهداية ولو وجد النكاح بين الطلقتين يصير فاصلا بين الطلقتين اتفاقا حتى لو
طلقها في طهر خال عن الجماع ثم تزوجها في هذا الطهر واراد ان يطلقها اخرى كان له ذلك وكان سنيا ولو راجعها
بالجماع يكره ايقاع الثاني في هذا الطهر اتفاقا ان لم تحبل وان حبلت كان له ان يطلقها اخرى في قول ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لابي يوسف رحمه الله كذا في الحقايق

فصل في ايقاع الطلاق ويقع طلاق غير الصبي وغير المجنون
يقع طلاق صبي عاقل كذا في العيون والمجنون ومن لم يستقم كلامه وافعاله وانما لم يقع طلاقهما لانعدام اهليتهما
وغير النايم وانما لم يقع طلاق النايم لانعدام الاختيار فيه وكذا الخلاف في المغمى عليه والمعتوه لا يقع ومن
كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كذا في النوازل وفي الملتقط عن نصر ان
حد المجنون ان يغلب عليه الهذيان ولذا يجده في بعض الاوقات مهديا في عبارة المعتوه يفيق احيانا
فهو حال افاقته بمنزلة الصحيح سوا كان لافاقته وقت معلوم او لم يكن ويقع الطلاق من الاخرس بالاشارة

لان الاشارة منه قامت مقام عبارته دفعا للحاجة والمريض الذي يعتقل لسانه لا يكون كالاخرس لان ذلك
نادر ولا يطول كذا في المحيط واشارة غير الاخرس يعتبر في العدد حتى لو قال انت طالق هكذا فاشار بابهامه
يقع ثنتان ولو لم يقل هكذا لا يقع لان الاشارة انما اعتبرت اذا قرنت بعدد مبهم ولو اشار بثلث اصابع
فان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة فواحدة باينة كما في قوله انت طالق كالالف ويقع طلاق السكران
والمكره وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه وهو رواية عن محمد كذا في الهداية والعيون لا يقع وهو اختيار الكرخي
والطحاوي وهو قول عثمان رضي الله عنه ومحمد بن سلمة من اصحابنا وهو اختيار ابي الفضل الكرماني ثم ابطل الشيخ
على قول الكرخي والطحاوي لان السكران ليس له قصد صحيح فصار كالنايم بل اقوى منه لان النايم
ينتبه اذا انتبه والسكران ليس كذلك وكذا المكره مسلوب القصد شرعا ولهذا لم يحكم بردته ولم يعتبر
اقراره بالطلاق وفي العيون عند الثلثة في الاكراه بغير حق لا يقع بخلاف الهازل لكونه مختار التكلم
بالطلاق ولنا قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمجنون فبقي السكران والمكره في عموم صدر الكلام
ولما روي ان امراة اعتقلت زوجها وجلست صدره ومعها شفرة وقالت لتطلقني ثلثا او لاقتلنك فطلقها ثلثا
ثم ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق ولان قصد السكران بالاقدام على سبب المعصية لم يعتبر
زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع لا يقع طلاقه لان الصداع ليس بمعصية ولو اكره على الشرب
فذهب عقله فطلق امراته قيل لا يقع لانه ليس بمعصية فصار كالاغماء وقيل يقع لان الخطر ولئن زال بالاكراه
لكن ذهب عقله بما فيه لذة فلا يعتبر زواله وهذا القول اصح كذا في المنتقى وعلى هذا يقع طلاق السكران
من البنج وساير الاشربة المتخذة من الحبوب قال عبد العزيز الترمذي سالت ابا حنيفة وسفيان الثوري
رضي الله عنهما عن رجل شرب البنج وطلق امراته قالا ان كان حين شرب يعلم انه هو يطلق امراته ولئن لم يعلم لا يطلق كذا
في النهاية وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقع من غير فصل هو الصحيح كذا في الخزانة وانما لم يحكم بردة المكره
لانها تبتني على الاعتقاد وهو غير معتقد في كلامه بالاكراه وعن ابي يوسف رحمه الله ردته ردة ويصير كافرا
وقال ابو نصر محمد بن سلام ان كان سكرانا في الشراب وهو مضطر لا يقع طلاقه ولا ينفذ تصرفاته والا يقع وينفذ
فان قضى القاضي بقول واحد منهم نفذ قضاؤه وفي التجنيس اذا اكره على شرب الشراب فشرب فسكر وذهب
عقله فطلق او اعتق وقع ولو شرب بنجا بالحلواء فلم يوافقه فذهب عقله فطلق قال محمد رحمه الله لا يقع طلاقه
وعليه الفتوى وفي الملتقط اذا كان النبيذ شديدا حرا فصدع فذهب عقله يقع طلاقه ان كان الشرب
طايعا كذا في الخزانة ولم يعتبر اقراره بالطلاق لانه يحتمل الصدق والكذب وفي الاكراه يترجح الكذب وذكر
السكران وان كان الصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله الوقوع عنده اتباعا لصاحب الهداية والعيون ذكر فيهما

عدم الوقوع في احد قوليه على ان فتوى بعض المشايخ على قولكما ونحن نعتبر عدد الطلاق بالنساء
فطلاق الامة يكون اثنين ولو كان زوجها حرا وقالا بالرجال نعتبر لقول الشافعي وهو قول مالك واحمد رحمهم الله كذا
في العيون فانهم قالوا عدد الطلاق يعتبر بالرجال حتى يملك الحر ثلث تطليقات ولو كانت زوجته امة ويملك العبد
ثنتين ولو كانت زوجته حرة لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء حيث قابل الطلاق با
لعدة على وجه تخص كل واحد منهما بجنس على حدة ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
وما رواه محمول على الايقاع بالرجال ومن ملك امرأته او شقصا اي نصيبا منها او ملكته المرأة زوجها او
شقصا منه وقعت الفرقة بينهما لان المالكية يمنع ابتداء النكاح فكذا يمنع بقاءه كالمحرمية ولو اشترى
زوجة الحر زوجها المملوك ثم اعتقته فطلقها في العدة او خرجت الحربية مسلمة ثم خرج زوجها مسلما بعدها
وطلقها في عدتها يلغيه ابو يوسف رحمه الله قوله فيهما فلا يقع الطلاق في المسئلتين واوقعه محمد رحمه الله الطلاق
فيهما وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا لان العدة قائمة والمعتدة محل للطلاق ولابي يوسف ان الفرقة وقعت
بتملك احد الزوجين الاخر لان ملك اليمين يبطل ملك النكاح او بتباين الدارين فخرجت المرأة من محلية
الطلاق وبالعدة لا يثبت المحلية فيهما كما في النكاح الفاسد ولا يتاتى قول ابي حنيفة في هذه المسئلة
لانه لا عدة عليها عنده على ما مر وايمنا وان فيهم اسلم يفرقوا بتفريق الحكمين بينهما فان تشاجر
الزوجان فحكم الحكمان لمصلحتهما فاجتمعا وتكلم الزوجان عندهما ورأى المصلحة في التفريق بينهما
ففرقا بينهما بدون امرهما لا يصح وعند مالك رحمه الله يصح لانهما رضيا بحكمهما مطلقا ولنا انهما حكما لاصلاح
امرهما وليس هو باصلاح فلا ينفذ حكمهما فينبغي ان لا فرق بين الحكمين وبين حكم واحد فيكون قيد الحكمين
اتفاقيا **فصل** في الصريح والكناية واضافة الطلاق الى الزمان ولا يحتاج صريحه الى النية
لان الصريح موضوع للطلاق شرعا وقد استعمل فيه ولا يستعمل في غيره بدون القرينة فاستغنى عن النية
حتى لو قال اردت به الطلاق عن وثاق لا يصدق قضاء ولو قال اردت به الطلاق عن العمل لا يصدق ديانة
ايضا لانه لرفع القيد لغة والعمل ليس بقيد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصدق ديانة بينه وبين الله لانه يستعمل
للتخليص وكذا لو قال يا مطلقة ويا طالق فهو بمنزلة قوله انت مطلقة تقع في الحال فان كان لها زوج
قبله قد طلقها فان لم ينو شيئا يقع الطلاق للحال لان هذا الكلام انما يذكر عرفا لاثبات هذا الوصف
لها في الحال من جهته ولو قال نويت الاخبار عن كونها مطلقة من الزوج الاول يصدق فيما بينه وبين الله
وهل يصدق في القضاء ذكر في رواية ابي سليمان انه يصدق وفي رواية ابي حفص لا يصدق فكان الخبر بمنزلة
المجاز فلا يصدق قضاء كما لو قال انت طالق كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير كطالق ومطلقة

بتشديد اللام وبتسكين لا يكون طلاقا الا بالنية لانه غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا وطلقتك فيقع
واحدة رجعية بهذه الالفاظ بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهذه الآية تدل على ان الطلاق
الرجعي لا يرفع الزوجية ولا يبطلها لانه سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج ولو قال انت طال بترخيم
بترخيم القاف فحالة الرضا لا يقع ما لم ينو لانه كالكناية ولو قال يا طال يقع وان لم ينو لان الترخيم يجري كثيرا
في المنادى فصار كان افصح بالقاف كذا في المحيط ولو تهجى به تطلق ان نوى بخلاف التهجي باية السجدة حيث
لا تلزم السجدة لانها متعلقة بالقراءة وهي معدومة في التهجي ولو قال تلاغ وتلاق وطلاع وتلاك على الشيخ
الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل انه يقع بالقول وان تعمد وقصد ان لا تقع لا يصدق قضاء ويصدق ديانة
كذا في الخزانة ونحن نلغي نية الثلث والثنتين من هذه الالفاظ وقال الشافعي رحمه الله يصح ما نوى وهو قول
زفر ومالك واحمد رحمهم الله لان هذه الالفاظ تدل على الطلاق لغة وهو يحتمل العدد ولهذا جاز تفسيره به فيصح
نيته كما صح نية الثلث فيما اذا قال لامرأته طلقي نفسك ولنا ان قوله انت طالق ونحوه خبر وانما يصدق
لو اتصفت المرأة بالطلاق قبل الاخبار فثبوت الطلاق لم يكن الا اقتضاء لضرورة تصحيح كلام العاقل
والثابت بالضرورة يندفع بالواحدة فلا يصح فيه نية الثنتين والثلث لان الطلاق غير ثابت فيما
وراء الواحدة فلا يعمل النية في المعدوم فاذا ثبت الطلاق واحدا عند الاخبار يقع واحدا عند الانشاء
رعاية للاصل والمذكور بعد طالق من العدد ليس تغيير الوصف بل تعيين لانه نعت مصدر محذوف اي طلاقا
ثلثا بخلاف قوله طلقي نفسك لان ثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء واما نية الثلث في قوله
انت بائن فانما يصح لان البينونة متنوعة خفيفة وغليظة فيصح نية احد النوعين منه والطلاق
ليس كذلك لانه عبارة عن رفع القيد والعدم ويقع الطلاق بانت الطلاق وبانت طالق الطلاق وبانت
طالق طلاقا واحدة رجعية ان لم ينو شيئا او نوى واحدة او ثنتين او لم ينو شيئا لانها من قبيل الصريح
فلا يحتاج الى النية فتعقب الرجعة ولو نوى الابانة الا ان ينوي الثلث فيقع في هذه الالفاظ بنية الثلث
لانه ليس بصريح في حق الثلث لان لفظ المصدر واحد لا يدل على العدد فالثلث واحد اعتباري حيث
انه مجموع فيصح نيته هذا في الحرة واما في الامة فثنتان بمنزلة الثلث في الحرة ونحن الغينا نية الثنتين
في هذه الالفاظ فلا تصح وقال زفر رحمه الله يصح لان الثنتين بعض الثلث فاذا صح نية الثلث يصح نية
الثنتين ولنا ان الطلاق اسم جنس ومعنى الواحدة مراع فيه كسائر اسماء الاجناس فان لم ينو فيه شيئا او نوى
ما دون الواحدة فيه يحمل على الواحد حقيقة لانه متيقن كما لو حلف لا يشرب الماء لو نوى جميع المياه يصح لانه واحد
حكما ولو لم ينو شيئا او نوى بعض الجملة يصرف الى ادنى ما ينطلق عليه اسم الجنس وان نوى قدحا او قدحين لا يصح

لانه ليس بغير حقيقة وحكما وان نوى بقوله طالق واحدة وبالطلاق طلقة اخرى صدق لان كلا
منهما يصلح للايقاع ويفتقر الكنايات اليها اى الى النية في حالة الرضا لان الكنايات الفاظ غير موضوعة
للطلاق بل الفاظ مستعملة محتملة للطلاق ولغيره فلا بد من النية لتعيين المراد والقول قوله
في انكار النية مع اليمين كبائن فانه يحتمل البينونة من النكاح او الخير وبتة وبتلة كلاهما بمعنى القطع
اى منقطعة عن النكاح او من الاقارب وحرام وهو يحتمل حرمة الصحبة لسوء خلقها وحبلك على غاربك
وهي مبني عن التخلية لان الناقة اذا ارسلت يلقى حبلها على غاربها وهو ما بين العنق والسنام فيكون
المعنى انت مرسلة من حبل النكاح او من حبل الحياء والحقي باهلك يحتمل لحوقها لكونها ماذونة ولحوقها
لكونها مطلقة وخلية وبرية من النكاح او من حسن الخلق وهبتك لاهلك يحتمل ان يكون معناه عفوت
جرمك لاجل اهلك وسرحتك وفارقتك يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق او بغيره وامرك بيدك في حق
الطلاق او في حق امر آخر وانت حرة عن حقيقة الرق او رق النكاح وتقنعي من القناعة وقيل من القناع
وهي الخمار واستتري وتخمري لانك بائن مني او لئلا ينظر اليك اجنبي واخرجي واغربي بالعين المعجمة والراء
المهملة اى ابعدي عني لاني طلقتك او لزيارة اهلك ويحتمل ان يكون بالعين المهملة والزاء المعجمة
من العزوبة واذهبي وابتغي الازواج يحتمل الازواج من الرجال لانها مطلقة والازواج من النساء
ويقع البائن بها في حالة مذاكرة الطلاق بلا نية لان حال المذاكرة بمنزلة النية وهي ان تطلب المرأة
او اجنبي طلاقها في القضاء بما يصلح من الكنايات جوابا لا ردا وهي اعتدي وامرك بيدك واختاري
فيقع رجعية ولا يصدق الزوج في هذه الالفاظ ان قال لم ارد بها الطلاق لان الظاهر انه مراد
عند طلب الطلاق ويصدق ديانة فيما بينه وبين الله وعند الشافعي واحمد رحمهما الله لا يقع الا بالنية
كذا في العيون فان انكر الزوج النية في حال مذاكرة الطلاق صدق مع اليمين فيما يصلح لهما
اى الجواب والرد وهي سبعة واخرجي واذهبي وقومي وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي ومعنى الرد اقنعي
بما رزقك مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتقنع الذي هو اليق لك من سؤال
الطلاق او كشف الوجه بين يديك والتقنع بزينتك وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار
كذا في الكفاية ويصدق الزوج في انكار النية حالة الغضب لانها من احتمال معنى السب الا فيما
يصلح جوابا لا غير اى لا يصلح للرد والسب فان غضبه يدل على ارادة الطلاق الا يرى ان من قال
لغيره في حالة الرضى ليس لابيك لا يكون قاذفا ولو قال له في حالة الغضب يكون قاذفا وهي اختاري
واعتدي وامرك بيدك واما خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وحرام يحتمل الجواب والسب فان قال اردت

بها الشتم حالة الغضب يصدق وبالجملة ان الفاظ الكنايات اقسام ثلثة قسم يحتمل الطلاق و
لا يحتمل الرد والشتم وذلك ثلثة الفاظ اعتدي امرك بيدك اختاري وقسم يحتمل الطلاق و
الشتم ولا يحتمل الرد وذلك خمسة الفاظ خلية وبرية بتة بائن حرام وعن ابي يوسف رحمه الله الحق بهن
الخمسة اربعة اخرى لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك فارقتك خليت سبيلك فهذه الاربعة يحتمل الطلاق
والشتم وقسم يحتمل الطلاق ويحتمل الرد والدفع وذلك قوله اخرجي اذهبي قومي اعزبي تقنعي تخمري
استتري والاحوال ثلثة حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب ففي حالة الرضا لا يقع
الطلاق بشيء من هذه الاقسام الا بالنية لانها محتملة فلا يتعين الطلاق الا بدليل فاذا قال لم
انو الطلاق كان القول قوله وفي حالة الغضب ومذاكرة الطلاق يقع الطلاق بالقسم الاول ولا يقبل
قوله في انه لم انو الطلاق لان حالة الغضب ومذاكرة الطلاق بمنزلة النية ولان مذاكرة الطلاق
يدعو الى الطلاق لان هذه الالفاظ لا يحتمل الرد والشتم فتعين الطلاق بلا نية واما القسم الثاني
فكذا يقع الطلاق في حالة مذاكرة ولو قال لم انو به الطلاق لم يقبل قوله لان حال مذاكرة الطلاق
يدعو الى الطلاق وكذا السؤال يدعو الى الجواب لا يدعو الى الشتم فتعين الطلاق بحكم ظاهره
وفي حالة الغضب لا يقع الا بالنية ولو قال لم انو به الطلاق كان القول قوله لان حال الغضب كما يدعو
الى الطلاق يدعو الى الشتم والشتم ادناهما ضررا فيحمل عليه ويقع الطلاق في حال مذاكرة الطلاق
وان قال لم انو به الطلاق لم يقبل قوله لان مذاكرة الطلاق يدعو اليه واما القسم الثالث لا يقع به الطلاق
في الاحوال كلها الا بالنية ولو قال لم انو الطلاق كان القول قوله واما في حال مذاكرة الطلاق فلان
الادنى قد تكون قرينة والرد ادناهما فيحمل عليه وفي حالة الغضب الرد متعارف ايضا فيحمل عليه واما
احتمال الرد في قوله اذهبي واخرجي واعزبي فظاهر وكذا استتري يحتمل الاستتار منه ومن غيره
حتى لو قال استتري مني قالوا يقع الطلاق كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير وتحل
تجعلها اى الكنايات بوائن لا رواجع نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال ان الكنايات عن الطلاق
رواجع ولهذا يشترط فيها نية الطلاق فيكون الواقع بها طلاقا وكان ان الحاجة ماسة الى اثبات
البينونة كيلا يقع في مراجعتها بلا اصدق والكنايات ابلغ في الدلالة عليها ولا نسلم انها كنايات عن
الطلاق فان الكناية ان يقصد معنى معبر عنه بغير لفظه فان هذه الالفاظ صريحة فيها لانها تنبئ
عن البينونة بعمل على معنى نفسها وهو البينونة وشرط النية فيها لتعيين بعض محتملاتها الا انها تعمل
عمل الصريح فيكون تسميتها كنايات مجازا ولفظ السرح والفراق من الظاهر عندنا في موضع كالعدد
رحمه الله

من الصريح لان كنايات ... فيقع بها الطلاق ولنا انه ينوي بها الطلاق كذا في العيون ولكنا نقول
الصريح ما يكون مختصا بالاضافة الى النساء ولا يستعمل في غير النكاح وهذا يستعمل في غيره فان الرجل
قال سرحت ابلي وفارقت غريمي وصديقي فيكون كسائر الالفاظ المبهمة ويصح نية الثلث في الفاظ
الكنايات كلها الا في ثلثة الفاظ وهي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة لانها يقع بها واحدة رجعية
ونحن الغينانية الكنايات وقال زفر رحمه الله يصح ما نوى وهو الثلثة كذا في العيون لما مر من الدليل
في الصريح ولنا ان البينونة بين الشيئين متنوعة في الحسيات لانه يحتمل اتصالهما وقد لا
يحتمل فكذا تنوعت في الشرعيات خفيفة وغليظة وعند عدم نية الثلث يثبت الادنى والطلاق
عبارة عن رفع القيد وهو واحد فلا يتصور اكثر من واحد على ان قوله حرام وباين ليس منهما احتمال العدد
وايمننا وان قيل بهم لم يوقعوا بها اي بالكنايات بلا نية ثلثا فانهم قالوا انما يقع بالكنايات
واحدة لان الحرمة تثبت بها وهي اولى بالوقوع لتمكنه التدارك وكذا لم يخصوا بالكنايات نية
الواحدة بغير المدخول بها وقالوا يصح نية الواحدة في غيرها ايضا وقال مالك رحمه الله ان الكنايات
كخلية وباين وبتة وحرام يقع الثلث بلا نية في الموطوءة وفي غيرها دون الثلث بنية وفي
الخلية يقع دون الثلث بالنية كذا في العيون ولنا نوى الواحدة يلغو نية الواحدة لان مقتضاها
التحريم والحرمة انما تثبت بالثلث ولنا كانت غير مدخول بها فانما تبين وتحرم بواحدة فقط لانها كما
في تحريمها كما في الصريح ونحن اوقعنا بانت واحدة رجعية كاعتدي واستبرئي رحمك لا بنية فان هذه
الالفاظ كنايات بالاجماع لان الواحدة يحتمل ان يكون صفة طلقة وان يكون صفة المرأة اي انت
منفردة في الجمال وقيل ان نصب واحدة يكون صفة طلقة وان رفعها يكون صفة المرأة ولا يقع و
الصحيح انه لا فرق بينهما وهو ما ذهب اليه عامة مشايخنا وقالوا لا فرق بين الرفع والنصب والسكون
لان العوام لا يميزون الاعراب فلا يبتنى عليه حكم شرعي وكذا امرها باعتداد يحتمل اعتدي نعم الله وعد
الاقراء لسبق الطلاق وكذا براءة الرحم يجوز ان يكون لتطليقها او بعد طلقها لكن يقع بها الرجعية عندنا
وقال زفر رحمه الله يقع باينة وهي قول مالك والشافعي رحمهم الله كذا في العيون لانها كساير الكنايات ولنا ان واحدة
نعت طلقة وهي صريحة واما لفظ اعتدي فلانه عليه السلام قال لسودة اعتدي ثم راجعها واما الثاني فلانه صرح
بما هو المقصود في عدد الاقراء وهو براءة الرحم فاذا نوى ان يكون البراءة لكونها طلقة يثبت اصل الطلاق
بلا احتياج الى اثبات وصف زايد وهو البينونة وذكر في النوادر ان هذا استحسان والقياس ان يكون باينا
اعتبارا بساير الكنايات وانما استحسن الحديث سودة وبما ذكر فيهما اذا قال لغير المدخول بها فان قال لها بعد

المدخول بها يجعل استبراؤها محضا عن الطلاق لانه سببه في الجملة وان لم يكن سببا في هذه الحالة
وله اي للزوج جعل الواحدة في المدخول بها ثلثا فان طلق الزوج امرأته المدخول بها طلقة واحدة وقال في
عدتها جعلتها ثلثا كانت ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان ذلك ابطال خيار الرجعة الثابتة
عقيب طلاق المدخول بها ايضا ولهذا لم يصح نية الثلث فلا يملكه انشاء وله ان الواحد يصير ثلثا بضم اثنين
اليها فيقع الثلث كما لو صرح كذلك وابطل محمد رحمه الله جعلها او جعل الزوج المطلقة الرجعية في عدتها باينة
وقالا يجوز لانه كما يملك جعلها باينا ابتداء فكذا يصح الحاق هذا الوصف به تصحيحا لتصرفه وتحصيلا
لغرضه وان الزوج لا يملك ان يبطل خيار الرجعة بعد ما ثبت له شرعا وهذا اذا كان قبل الرجعة لانه لو راجعها
ثم قال جعلتها باينة لا يصح بالاجماع لانه بالرجعة ابطل عمل الطلاق فتعذر جعلها باينة ولو قال الزوج
لست امرأتي او قال لست زوجك او قال لها انا بزوجك او ما انت لي امرأة او قيل له هل لك امرأة فقال
لا فنوى اي الطلاق وقع بالنية عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الثلثة كذا في العيون والغياثية وقالا
لا يقع الطلاق بهذه الالفاظ نوى او لم ينو وانما ارادوا في قولهما لدفع توهم انه في قولهم يقع الطلاق بلا نية
من عموم العبارة ولنا كان خلاف قولهما في الواقع لهما ان هذه الالفاظ انكار النكاح فلا يصح فيه
الطلاق منها كما لو قال والله ما انت بامرأتي او ما كنت لي امرأة او لم اكن زوجك او لا حاجة لي فيك وله
ان هذه العبارات صالحة لانشاء الطلاق فاذا نوى الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه كما ذكر من المسائل
لانه كذب محض بخلاف قوله لم اتزوجك لانه لا يصلح انشاء وكذا اليمين انما يقترن بالاخبار فلم يكن
انشاء ولو قال طلاقك علي واجب ففي الصحيح انه يقع ولو قال لعبده عتقك علي واجب لا يعتق والفرق ان
نفس الطلاق لا يكون واجبا وانما الواجب حكمه فكذا لا يكون الا بعد الوقوع ونفس العتق يجب في الجملة كما في النذر
ولو قال نساء اهل البصرة طوالق وهو من اهلها لا يطلق زوجته ما لم ينوه عند ابي يوسف رحمه الله وبه يفتى و
ويطلق عند محمد رحمه الله على هذا الخلاف لو قال كل من دخل هذه الدار فامرأته طالق ولم ينو نفسه فدخل هو لا
ونحن نلغي قول الزوج للمرأة انا منك طالق وان نوى به الطلاق وقال الشافعي رحمه الله لا يلغو بل يقع
الطلاق به لان الطلاق شرع لازالة النكاح وهو قايم بها فتصح اضافة الطلاق اليه كما تصح اليها ولنا
ان الطلاق ازالة قيد الملك الثابت بالنكاح ولا ملك له فيه والا لبطل نكاح المسلم الكتابية لقوله سبيل الكافر
على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فيلغو كلامه لا يلغي قوله انا منك باين او حرام
فيقع الطلاق اتفاقا لان الابانة ازالة وصلة النكاح وهما مشتركان فيهما ولو قال لها انا باين لا يقع ما لم يقل منك
لجواز ان يكون له صلة اخرى بامرأة اخرى فلا يقع ما لم يقل منك ولو قال انت طالق واحدة او لا حكم محمد رحمه الله بواحدة لانه ادخل الشك

في الواحدة فقط ويقع قوله انت طالق وهو قول ابي يوسف رحمه الله واما لو بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل كلمة الشك
في اصل الطلاق والغيا وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله آخرا لا يقع بشيء لان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون
بمنزلة كلمة واحدة فلا حكم له قبل ذكر الاخير لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولا يقال انها
بانت بقوله طالق فلا يقع الثلث بل يلغو ذكر الثلث لمصادفته المبانة فلا يؤثر فاذا بطل الواحدة بالشك بطل
الايقاع لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف لان معناه انت طالق تطليقة واحدة فكان الشك
داخلا في الايقاع ولو قال لزوجته الامة انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اى مع اعتاق مولاك فاعتقها المولى
ملك الزوج الرجعة لانه علق طلقتيه بالاعتاق والمعلق قد يوجد فتطلق وهى حرة فلا يحرم عليه حرمة غليظة
بالثنتين لجعل مع ههنا بمعنى بعد كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا تصحيحا لكلامه ونظيره ما لو قال لامرأته
انت طالق في دخولك الدار فيعلق الطلاق بالدخول بخلاف ما ذكر في الجامع لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك
فهو لغو لانه يصح كلامه بمعنى مع ولو علقها اى الزوج بالغد وقال لامرأته الامة انت طالق ثنتين اذا جاء غد
وعلق المولى عتقها به اى بمجيء الغد وقال انت حرة اذا جاء غد ملكه اى جعل محمد رحمه الله الزوج مالكا اياها اى الرجعة
وقال ليس له الرجعة لان الاضافة علة للعتق وكذا التعليق علة للطلاق فكلما اقترن العلتان اقترن
المعلولان فكل من العتق والطلاق يصادفان وهى امة لان المعلق كالمرسل عند الشرط فصار كان الاعتاق
والتطليق في ذلك الوقت فيقع العتق اولا لان الاعتاق مندوب والتطليق محظور فيتاخر حكمه كحكم البيع المؤكد
وهو الملك والتاخر الى وجود القبض لكونه محظورا لكن عدتها مقدرة بثلثة حيض اتفاقا لانها تحتاط في بابها
صيانة عن الاشتباه بخلاف المسئلة الاولى لان العتق شرط فيقع الطلاق بعده ان علق الزوج طلاق امرأته
وهى امة اخيه اذا مات مولاك فقال انت طالق بموت مولاك وهو اى المولى او الزوج اخوه اى اخ الزوج والمولى
فمات المولى فورثها الزوج زوجته الامة يوقعهما ابو يوسف رحمه الله طلقتين كما لو قال انت طالق مع انقضاء
عدتك ويحرم حرمة غليظة حتى لو اعتق لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وخالفهما ابا يوسف رحمهما الله وقال
لا يقع شيء لان الزوج ملكها عقيب موت اخيه وزال به النكاح والطلاق ايضا يوجد عقيبه لانه تعلق به ويصادفها
الطلاق حال زوال النكاح فلا يقع ولنا ان ملك الوارث لا يعقب الموت بل يتحقق اذا استغنى الميت عن ماله
بتجهيزه واداء دينه لان كل جزء يجوز ان يكون محتاجا اليه بتقديم ملكه الباقي فيصادفها الطلقتان وهى امة
ولو وصفه بضرب من الزيادة والشدة نحو قوله بائنا لا رجعيا لغوله انه فيه رحمه الله فانه قال يقع رجعيا
في المدخول بها او في غير المدخول بها يقع بائنا اتفاقا كطلاق بائن كقوله انت طالق طلاقا بائنا وهذا وصف
بائن بمعنى لان البائن اشد من الرجعي او اشده اى انت طالق اشد الطلاق او افحشه او اخبثه او اسوأه

وتوصيف الطلاق بهذه الاوصاف انما يكون باعتبار اثره وهو البينونة في الحال وافعل التفضيل
بمعنى اسم الفاعل كقوله تعالى وهو اهون عليه وبقوله انت طالق طلاق الشيطان او طلاق البدعة
لان الشيطان هو الحامل فيكون البدعي غير حالة الحيض بائنا وفي الحيض وفي البدعة رجعي لو كان حايضا ونفسا
وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انما لا تبين الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع
الاصل في هذا ان الطلاق في صفة شبهه بشيء يقع بائنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يقتضي زيادة وصف وذلك يكون
البينونة او طلاقا كالجبل او طلاقا ملاء البيت ان لم ينو ثلثا سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا او ذكر
مع المشبه به العظم او لا وعندهما اذا ذكر معه العظم كان بائنا كقوله انت طالق كعظم السمسم وعند زفر رحمه الله
ان وصف المشبه به بالشدة والعظم كان بائنا والا فهو رجعي ولو وصف الطلاق بما لا ينبئ عن زيادة كقوله انت طالق
احسن الطلاق او سنة الطلاق او عدله يقع رجعيا اتفاقا ولو وصفه بما لا يوصف به الطلاق كقوله انت
طالق لا يقع عليك او انا بالخيار فيه ثلثة ايام يكون رجعيا ويلغو الوصف والشرط اتفاقا لان هذا الوصف
مناف لمقتضى الطلاق فيلغو وللشافعي رحمه الله ان وصف الطلاق بالبينونة وما يدل عليها مخالف لموجبه وهو الرجعة
فيلغو الوصف كما قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا ان الطلاق يحتمل البينونة كما في الطلاق قبل
الدخول بل الاصل فيه البينونة لانه رفع لقيد النكاح الا ان الرجعة ثبت في الصريح الغير الموصوف بها
البينونة بالنص فبقي فيما وراءه على الاصل ولو قال انت طالق مثل عدد الشمس والقمر فهو واحدة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله
رجعية عند ابي يوسف رحمه الله ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد رحمه الله معناه كالنجوم في الضياء الا ان ينوي العدد
فتقبل او قال انت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلث او قال لا كثير ولا قليل فيقع واحدة فثبت ما نفاه اولا
لان النفي يثبت ضده فلا يرتفع وان نوى بصفته ثلثا يقعن لان البينونة متنوعة خفيفة وغليظة
فايهما نوى يقع وبالطول والعرض بان قال انت طالق طويلا او عريضا لكن جعلناه بائنا وقال زفر رحمه الله يقع
رجعيا لان هذين الوصفين من صفات الاجسام فيلغو ولنا ان العرب بالطول والعرض قد يكنى عن شدة
حكم فيفيد في الطلاق البينونة ويقع باضافته الى الجملة اى اضافة طلاق الزوج الى جملة اجزاء الزوجة
كانت طالق فان الخطاب للجملة او ما ينوب منابها كانت كما قال انت طالق فالتاء ضمير المرأة او قال وجهك طالق
او رقبتك او جسدك طالق او فرجك او عنقك او راسك وما اشبه ذلك وهذه الالفاظ تعبر بها عن الجملة قال الله
تعالى ويبقى وجه ربك اى ذاته ويقال هلك روح فلان او جسده اى نفسه وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج اراد
بها النساء وقال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين اى ذواتهم ويقال فلان كلى القوم ووجه العرب ويقال امرأة
ما دام راسك باقيا ولو قال بدنك طالق صح به اقتصار الطلاق على الكل لا يبعد لان يقال لا يطلق كذا في المحيط

او اضاف الطلاق الى جزء شايع كنصفك او ثلثك طالق وقع كاملا ونحن اغنيناه اى الطلاق فيما
لا ينوب اى فى الالفاظ التى لا يعبر بها عن جملة البدن كيدك اى كقوله يدك طالق او رجلك او غيرهما
مما لا يعبر عن جملة البدن وقال زفر رحمه الله يقع وهو قول الشافعى رحمه الله لانه جزء مستمتع فيه بعقد النكاح
فيكون محلا للطلاق فيسرى منه الى الكل ولنا ان الطلاق رفع القيد فيختص بمحل يضاف اليه النكاح
واليد وامثالها لا يجوز اضافة النكاح اليها فلا يكون محلا للطلاق والاستمتاع باليد انما حل تبعا للحل
فى جميعها وينبغى ان يقع الطلاق اجماعا اذا اضيف الى اليدين لانه يعبر بهما عن جملة البدن كقوله تعالى
تبت يدا ابى لهب اى بدنه وذاته وكما قوله عليه السلام على اليد ما اخذت اى على النفس ما كسبت فهو على وجه الندرة
حتى لو كان قوم يعبرون بها عن الجملة يقع الطلاق باى عضو كان ولو قال انت طالق نصف تطليقة او
ثلثها وقعت تطليقة كاملة لان الطلاق لا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله ولو قال نصف تطليقة وثلثها
وربعها فالمختار انه يقع ثنتان لانه زاد على تطليقة واحدة لو اجمع النصف والثلث والربع فلا بد
ان يكون الزيادة من تطليقة اخرى فتكامل وهذا لانه اضيف الاخر الى تطليقة واحدة وكذا لو قال او
ثلثها وسدسها لانه لا يبلغ مجموع اجزاء تطليقة الى تمامها ولا يجاوزها كما اذا قال نصف تطليقة وثلثها
وربعها فالمختار انه يقع ثنتان لان النصف والثلث والربع لو اجتمعت يكون زايدا عليها وذكر فى
شرح الجامع الصغير لقاضى خان ولو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها وسدسها فهو واحدة لانه
اضاف كل جزء الى التطليقة معرفة بالكناية والمعرفة اذا اعيدت كان الثانى عين الاول واما لو اضيف اجزاء
الطلاق الى تطليقة واحدة كما لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة يقع ثلث لانه
اضاف كل جزء الى تطليقة منكرة فاقتضى كل جزء تطليقة على حدة لان النكرة اذا اعيدت كان غير الاول
ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهى ثلث لان نصف التطليقتين تطليقة فثلثة اضعاف تطليقتين
يكون ثلثا ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين تقع تطليقتين لان ربع تطليقتين نصف
تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة
اختلف فيه فقيل يقع ثنتان لان ثلثة انصاف تطليقة ونصف فيقع ثنتان كذا ذكره هنا وقيل يقع ثلث
لان كل نصف تطليقة فثلثة انصاف تطليقة ثلث مرات نصف فيكون ثلثا وذكر فى الاصل لو قال لها
انت طالق نصفى تطليقة تقع واحدة وهذا يؤيد القول الاول كذا ذكره قاضى خان فى شرح الجامع الصغير او قال
انت طالق واحدة ونصفا قبل الدخول بها تكمل المرأة يعنى اوقعنا تطليقتين ثنتين لا واحدة نفى لقول
زفر رحمه الله فانه قال يقع واحدة لان نصف تطليقة لا يقع بعدما بانت بقوله واحدة لا اتصاله فى ابانته كما لو قال لها

انت طالق واحدة وواحدة ولنا ان هذا الكلام واحد معنى حتى لا يعبر عن واحدة ونصف باوجز من هذا ولا
يفصل بعضه على بعض فيكون ايقاعا لهذا العدد جملة بخلاف قوله واحدة لان التعبير عنه اوجز منه ممكن
فيقال بثنتين او قال انت طالق من واحدة الى ثلث قالوا وقع ثنتان عند ابى حنيفة رحمه الله وكذا فى الاقرار
اذا قال لك عندى من درهم الى عشرة فعليه تسعة عنده وقالا الواقع ثلث فى الطلاق وعليه العشرة
فى الاقرار لان مثل هذا الكلام يراد به الكل فى العرف كما لو قال خذ من مالى من درهم الى عشرة فان له اخذ العشرة
وانما لم يدخل الطرفان فى المغيا فيها لو قال بعت من هذا الحايط الى ذلك لانهما لم يبايعهما الا بينهما من
الارض وله الاحتجاج بالعرف ايضا لانه يراد من مثل هذا الكلام اكثر من اقل المذكور والاقل من اكثرهما
كما تقول سنى من ستين الى سبعين ويراد به سنى اكثر من ستين واقل من سبعين فكذا ههنا يقع اكثر
من واحدة واقل من ثلث بخلاف ما استشهد به لان اظهار الجود والكرم دليل على ارادة الكل ونحن ما اكتفينا
بواحدة فى هذه المسئلة نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يقع واحدة لان الغايتين الاولى والثانية لا يدخلان
فى المغيا فبقى المتوسط كقوله بعت من هذا الحايط الى هذا الحايط فالمبيع ما بينهما وروى ان ابا حنيفة رحمه الله
قال لزفر كم سنك قال ما بين ستين الى سبعين فقال له انت ابن تسع فتحير او قال انت طالق واحدة
فى ثنتين يعنى اوقعنا واحدة لا اثنتين نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يقع ثنتان او قال انت طالق ثنتين
فى مثلها اوقعنا ثنتين لا ثلثا وقال زفر رحمه الله يقع ثلثا الخلاف فيما اذا نوى ضرب الحساب واذا نوى الظرف
يقع فى المسئلة الاولى واحدة وفى الثانية ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح ظرفا للطلاق فيلغو
الثانى وان نوى الجمع يقع الثلث اتفاقا لان كلمة فى تجى بمعنى مع له ان الضرب فى عرف الحساب تضعيف احد العددين
بالعدد الاخر وضرب الواحد فى العدد لا يؤثر تضعيفا فبقى على حاله وضرب الاثنين فى الاثنين اربعة فيقع ثلث اذ
لا مزيد عليه ولنا ان الضرب يعمل فى تكثير اجزاء الطلاق لا العدد وتكثير اجزاء الطلاق لا يوجب تعدد فان ايقاع
طلاق له اجزاء فلا يقع اكثر من واحدة او قال انت طالق بمكة او فيها اى فى مكة طلقت فى الحال فى كل البلاد لان ذكر
المكان لغو لعدم اختصاص الطلاق به ولو قال انت طالق اذا دخلتها اى مكة او قال فى وقت دخولك مكة تعلق
وقوع الطلاق بدخول مكة اما ذكر اذا فظاهر واما مع ذكر فى لانه الظرف والفعل لا يصلح ان يكون ظرفا فاستعمل
للحمل على الشرط مجازا لمناسبة فان كلا من الظرف والشرط يكون سابقا على المظروف والمشروط وكذا الشرط
جامع للجزاء والظرف جامع للمظروف او قال انت طالق غدا وقع بطلوع الفجر الثانى لان كونها فى جميع الوقت
يستلزم وقوع الطلاق فى اول اجزائه وليس جزء منه اولى من الجزء الاخر فيقع عند الفجر لئلا يلزم ترجيح بلا مرجح
او قال انت طالق فى غد ونوى اخره اى اخر النهار فهو مصدق قضاء وديانة عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق

ديانة لا قضاء لانها وصفها بالطلاق في جميع الغد وهو اسم لكله فاذا ادعى تخصيصه بجزء منه لا يصدق في
قضاء كما لا يصدق في غدا لفا قال انت طالق غدا وقال نويت في اخر النهار لا يصدق اجماعا وله ان في
للظرفية والظرف قد يكون مستوعبا له فكان معيارا له وقد لا يكون فاذا نوى آخر جزء من غد فقد نوى محتمل
لفظه فيصدق بخلاف قوله غدا لان الفعل اتصل به بغير واسطة فاقتضى استيعابه بان يكون موصوفة
بالطالقية في جميع الغد وذا انما يكون بوقوع الطلاق في اول النهار كما لو نذر ان يصوم في رجب يكون صوم
يوم فيه ولو نذر ان يصوم رجب يجب صوم كله او قال انت طالق اليوم وغدا وقعت واحدة اتفاقا لان المتصفة
بالطلاق في اليوم يصير متصفة به في الغد ايضا فلا حاجة الى ايقاع طلقة اخرى او قال انت طالق غدا واليوم
تطلق اوقعنا ثنتين وقال زفر رحمه الله يقع واحدة لان الايقاع واحد غير متكرر والظرف كالمحمول
على الاول لان الواو للجمع لا للترتيب كما في مسئلة الاولى ولنا انها لو طلقت في غد لا يصير طالقا في اليوم
فينبغي ان يقع طلقة اخرى في اليوم تحقيقا بمعنى العطف بخلاف ما سبق لانها اذا طلقت في اليوم يكون
طالقا في الغد بهذا الطلاق فلا حاجة الى طلقة اخرى بهذا الطلاق اذا وجد العطف ما اذا لم يوجد كما لو قال
انت طالق غدا اليوم فيكون اليوم صفة لغد وهو لا يصلح ان يكون صفة له فيلغو فيقع واحدة اتفاقا
ولو قال انت طالق اليوم اذا جاء غد لا يقع قبل الغد لانه تعليق وذكر اليوم يكون وقت التعليق
او قال انت طالق كل يوم ولا نية له تطلق اوقعنا واحدة لا ثلثا في ثلثة ايام خلافا لقول زفر رحمه الله فانه قال
يقع ثلثة في ثلثة ايام وان لم ينو ثلثا فما نواه لان كلمة كل للعموم والمنكر فيتكرر الطلاق بتكرر اليوم
كما لو قال انت طالق في كل يوم ولنا انه جعل الايام كلها ظرفا واحدا فلم يقتض الا مظروفا واحدا ولهذا
قالوا لو حلف لا يتكلم كل يوم من رجب يوما فكلم يوما حنث ولو قال في كل يوم لا يحنث حتى يكلم في كل يوم منه
بخلاف قوله انت طالق في كل يوم لان في حرف جر موضوع لايصال معنى الفعل الى ما بعده فيكون ظرفا للايقاع
او الوقوع فيتكرر بتكرر اليوم لان الفعل في اليوم ليس هو الفعل في الثاني وبخلاف ما نوى ثلثا او قال
انت طالق امس وقد تزوج اليوم لم تطلق لانه اضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا فيه فلغا
كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق اما لو اضافه الى حالة غير معهودة منه كما لو قال كنت طلقتك امس وانا
مجنون ولم يعرف جنونه طلقت لانه اقر بالطلاق واضافه الى حالة لم يعلم منه فلا يسمع قوله في الاضافة
لتكذيب الظاهر اياه ولو كان جنونه معهودا صدق لمساعدة الظاهر له بخلاف ما لو قال لعبده انت حر وقد
اشتراه اليوم حنث فيعتق عليه لاقراره بالحرية قبل ملكه وهي تنافي ان تملكه وكونها مطلقة الان في مكان
اليوم بالنكاح وانما لم يجعل قوله انت طالق انشاء في الحال لانه جعل انشاء اذا تعذر خبرا لما مر تقريره

ولو كان تزوجها من قبل اي قبل الامس طلقت الان اي في الحال لانه لما لم يمكن تصحيحه اخبارا فوجب ان يكون
انشاء والانشاء في الماضي ليس في وسعه فوقع ما في وسعه وهو الايقاع في الحال او قال انت طالق ما لم
يوقعه ابو يوسف رحمه الله الطلاق في الحال وقالا لا تطلق عند انتهاء الشهر لان الايقاع يحتمل التاجيل
ولكن المانع لا يحتمله فيجعل تاجيلا للايقاع كالتعليق وله ان كلمة الى للتاجيل والطلاق لا يحتمله
فبطل التاجيل فطلق في الحال هذا الخلاف اذا لم يكن له نية فان نوى التنجيز يقع في الحال اتفاقا او قال
ان لم اطلقك فانت طالق طلقت في آخر جزء حيوته لان الشرط وهو عدم التطليق انما يتحقق بالياس
عن الحيوة كما اذا قال ان لم آت البصرة فانت طالق فان لم يدخل بها فلا ميراث لانه فار وان مات المرأة ترث
منه اذا كانت في العدة وغير المدخول بها لا عدة لها وكذا لو ماتت طلقت قبل موتها وقال بعض مشايخنا رحمهم الله
هذا مخصوص بالزوج لان الياس من حيوة المرأة لا يتحقق الا بالموت حقيقة فيتحقق الشرط بعد انقضاء
محل الطلاق والصحيح انه يقع بموتها لكن قبله لانها لما بقيت من حيوتها ما لا يسع فيه صنعة الكلام بالطلاق
تحقق عدم التطليق مع بقاء المحل او قال انت طالق متى لم اطلقك طلقت حين سكت لانه اضاف الطلاق
الى وقت خال عن التطليق لان متى من ظروف الزمان فاذا سكت وجد الشرط وكذا الحال في متى ما وان ما
مثل ان في الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله فلو قال انت طالق ان لم اطلقك تطلق في آخر جزء من حيوته وقالا
فتطلق حين سكت لان اذا للوقت في الاصل كما قال الله تعالى والليل اذا يغشى ولهذا لو قال انت طالق
اذا شئت لا يخرج الامر من يدها اذا قامت من مجلسها كقوله متى شئت وله ان اذا يستعمل للشرط ايضا
فاذا اريد به الوقت يقع الطلاق وان اريد الشرط لا يقع فلا يقع بالشك ومسئلة المشية لما صار
الامر بيدها لم يخرج بالشك فعرف من هذا انه لا نية له فان نوى الشرط او الوقت يكون على ما نوى ويرجح جانب
الحال بالاصالة لانها كانت في عصمته بيقين فلا يطلق بالاحتمال او قال لامرأته متى لم اطلقك واحدة
فانت طالق ثلثا ووصل بيمينه انت طالق واحدة تحرم اوقعنا هذه اي الطلقة الواحدة لا الثلث
خلافا لقول زفر رحمه الله فانه قال تطلق ثلثا قياسا لانه وجد زمان خال عن التطليق وهو زمان قوله انت طالق
قبل ان يتكلم بالقاف ولنا ان زمان البر مستثنى عن اليمين استحسانا بدلالة حال الحالف لان البر انما يتصور
اذا وجد زمان يمكن ايقاع الطلاق فيه فصار كما لو صرح بذلك لان الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح
او قال انت طالق قبل قدوم فلان بشهر فقدم بعد شهر تحرم اوقعناه اي الطلاق مقتصرا على حال القدوم مقارنا له
لا مستندا الى اول الشهر خلافا لقول زفر رحمه الله فانه قال يقع الطلاق مستندا الى اول الشهر الذي اتصل
باخره القدوم لان القدوم معرف للوقت المضاف اليه الطلاق لانه اوقع الطلاق في شهر الا انه جهل القدوم

غير معلوم فلم يحكم بالوقوع فاذا علم بالقدوم وجب ان يقع من اول الشهر كما اذا قال انت طالق قبل رمضان
بشهر فانه يقع في اول شعبان اتفاقا لكونه معرفا ولنا ان القدوم بمعنى الشرط لكونه على خطر الوجود فالحق
فلا تتقدمه الجزاء بخلاف رمضان لانه كاين لا محالة فيكون معرفا لا شرطا فيقع مستندا او قال انت
طالق قبل موت فلان بشهر فمات فلان بتمامه اي وقت تمام شهر فهو مستند اي الطلاق واقع عند ابي حنيفة رحمه الله
من اول شهر وقالا مقتصر اي واقع حال الموت لان الشرط شهر قبل الموت ومتصل به وقبليته لا تثبت
الا بالموت فصار كالقدوم ولنا ان الجزاء لا يقتصر على المعرف ويقتصر على الشرط والموت قد بيننا ليس بشرط
لان الشرط ما يكون وجوده محتملا وهو كاين لا محالة فيكون معرفا للوقت المضاف اليه الطلاق فيقع في
اول الوقت المضاف اليه كما في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر وفاينة الخلاف في الاقتصار والاستناد
يظهر في مسائل منها ان العدة يعتبر عنده كما من اول الشهر وعندهما من الحال والاصح ان العدة من حال الموت
اتفاقا وعليه الفتوى كذا في الجامع الكبير لقاضي خان ومنها انه لو وطئ في الشهر يصير مراجعا عنده خلافا
لهما ومنها ان الطلاق اذا كان ثلثا وقد وطئها في الشهر غرم العقر عنده خلافا لهما او قال انت طالق
قبل موتي بشهر او قبل موتك بشهر فمات او ماتت لتمام الشهر فهو مستند عند ابي حنيفة رحمه الله ولا ارث لها
والعياذ وقالا لا يقع الطلاق فلها الارث وهذا الخلاف مبني على ما سبق من ان الموت معرف للزمان
عنده فيقع الطلاق قبله فعليها العدة بالحيض فلا ترث منه لكونها صحيحا في ذلك الوقت وعندهما كالشرط
فيبطل تعليق الطلاق به كما لو قال ان مت فانت طالق وعليها عدة الوفاة ولو مات قبل تمام الشهر لا يقع
الطلاق ولها الميراث اتفاقا كذا في المصفى او قال لاخر ان ملكته او قال لاخر امراة اتزوجها فهي طالق فيه لف ونشر فملكه
عبدا ثم عبدا او تزوج امراة ثم امراة ثم مات فالجزاء واقع على الاخر مستندا الى وقت الملك والتزوج عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يقع مقتصرا على الموت ولو قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم طلق الاولى
وتزوجها ثانيا ثم مات لم تطلق وتطلق التي تزوجها مرة لان التي اعاد عليها الزوج اتصفت بكونها اولا
ولا يتصف بكونها اخرا وفاينة الخلاف تظهر في مسائل منها ان العتق عنده يعتبر من جميع المال ان كان صحيحا
عند الشراء ومن الثلث ان كان مريضا وعندهما من الثلث ومنها ان العبد يرث من قريبه الذي مات
بعد الملك عنده ولا يرث عندهما ومنها ان الاخيرة طلقت من حين تزوجها وان كان دخل بها فلها المهر
ونصف المهر وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ميراث لها عنده وعندهما عليها العدة بابعد الاجلين من الوفاة
والطلاق ولها مهر واحد وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وترث المراة لكونه فارا لان تحقق
الشرط في المرض بمنزلة الايقاع فيها ان الموت كالشرط لان اخرية العبد او المراة انما يتحقق بالموت او قبله

كان له ان يملك عبدا اخر او يتزوج امراة اخرى فيقع الطلاق ومقتصرا على الموت كما لو قال ان لم اشتر
عليك عبدا فانت حر ثم مات فانه يعتق مقتصرا وله انه علق العتق او الطلاق بفعل موصوف وهو تملك
اخر عبد وتزوج امراة اخرى وقد تحقق هذا الفعل من وقت الملك والتزوج لكن الاخرية والموت معرف لا شرط
فيقع من ذلك الوقت او قال لامراتيه اطولكما عمرا طالق الان اي في ساعتنا هذه اوقعنا على الباقي
حال موت الاخرى لا مستندا فان احديهما انما تطلق لو ماتت الاخرى اتفاقا لان المراد منه طول الحيوة في المستقبل
لا في الماضي حتى لو كان احديهما بنت خمسين سنين والاخرى بنت خمس سنين لا تطلق العجوز لكن طلاقها
تقتصر على موت صاحبتها عندنا ومستند عند زفر رحمه الله لان الباقية عرف انها اطولهما عمرا وقت الكلام فيقع
الطلاق من ذلك الوقت ولنا ان الموت في معنى الشرط فمعناه ان مات احديكما فالاخرى طالق فيقتصر عليه
ولو شهد واحد لو احدة وشهد اخر بثنتين اذا ادعت على زوجها انه طلقها فالقاضي لا يحكم بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يحكم بواحدة لان اثنين اتفقا على وقوع طلقة واحدة فتقبل شهادتهما فيه كما لو شهد احدهما بطلقة والاخر
بطلقة ونصف وله ان موافقة الشاهدين فيما شهدا به لفظا ومعنى شرط جواز القضاء حتى لو شهد
احدهما بانه قال انت برية وشهد اخر انه قال خلية لا يقضى بشيء ومعنى بخلاف ما استشهدا به لانهما اتفقا
على لفظ طلقة وذكر نصف طلقة كذكر كله فيكون للتاكيد فيتفقان لفظا ومعنى ولو شهد احدهما انه طلقها
واحدة وواحدة والاخر شهد انه طلقها واحدة تقبل في الواحدة اتفاقا كذا في الحقايق وكذا الخلاف
في طلقي لو قال لامراته طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يقع شيء وعندهما يقع واحدة
لانها طلقت ما ملكته وهي واحدة وبزيادة فيقع ما ملكته ويلغو الزيادة كما لو طلقها الزوج الفا يقع
ما ملكه وهو الثلث ويلغو الزيادة وله انها ما اتت بما ملكته لان الزوج ملكها الواحدة وهي اتت بالثلث فكانت
مخالفة مبتدئة واذا لم يثبت الثلث لا يثبت ما في ضمنه بخلاف الزوج لانه تصرف بالملك لا بالامر والتفويض فيحقق
ردت شهادتهما اي شهادة الرجلين بطلاق الزوج احدى نسائه اي عينا اي معينا فنسياها اي قالا نسينا المخصوصة منهما
لا تقبل وقال زفر رحمه الله تقبل فيحال بينه وبينهن حتى يعين الزوج المطلقة منهن لان جهالة المطلقة لا يمنع قبول
الشهادة كما لو شهدا انه طلق احديهن لغير عينها ولنا انهما اعترفا على انفسهما بالغفلة فلا تقبل شهادتهما
بخلاف المسئلة الملقية عليها لانهما لم يقرا على انفسهما بالغفلة ولو طلق احدى زوجتيه فعليه البيان وتجب العدة
من وقت البيان لانه تحكم الانشاء ولو نسي لا يقربهما احتياطا لان العمل بالتحري في التزوج غير صحيح ولو
تعينت الاخرى حملا للفعل على المحل شرعا ولو ماتت احديهما تعينت الاخرى للطلاق ولو قال عنيت الميتة صدق
في حق الطلاق فلا يرث منها ولا يصرف الطلاق الى الباقية لانها تعينت له ظاهرا ولو مات الزوج قبل

قبل البيان وورثنا ميراث امراة منها **فصل** في طلاق غير المدخول بها وفي ايمان الطلاق
وان طلق قبل الدخول ثلثا اي طلق طلاقا ثلاثا وقعن لان الطلاق المقرون بالعدد لا يقع
قبل ذكره فقعن فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لا كما ظن من اختصاص الحكم بالمدخول بها ولا يحتاج
الى التحليل بزوج اخر لعموم النص ويدل عليه ما ذكرنا ما ذكر في البزازية من انه تزوج صغيرة لا يوطى في الصغر
فطلقها ثلثا فتزوجها اخر ووطيها لا يحل للاول بهذا الوطي ولو كان توطى مثلها فوطيها الثاني حل للاول
لان وقوعها غير متوقفة على ما بعده ولغى الباقي لفوات المحل لانها غير معتدة او قال انت طالق واحدة
وواحدة او قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعد واحدة بانت بواحدة والاصل فيه ان الظرف متى قبل
او بعد ان لم يذكر بالضمير يكون صفة لما قبله وان ذكرت به يكون صفة لما بعده فاذا تحقق هذا فقوله في
قبل واحدة صفة لما قبله من الواحدة الاولى في الوقوع فبانت واحدة قبلها واحدة وايقاع الطلاق
في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد في الماضي ليس في وسعه وانما في وسعه الايقاع في الحال والقبلية
في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا يقع الثانية والبعدية في قوله بعد
واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى او قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او قال انت
طالق واحدة بعد واحدة او مع واحدة او معها اي مع واحدة وقعتا لان القبلية في قوله قبلها صفة
للثانية فاقتضى ان يكون الثانية اولا ولا يمكن ايقاع الثانية متقدمة على الاولى فوقعتا معا واما قوله بعد
واحدة فالبعدية صفة للاولى فيقتضي تاخير الاولى وهو غير ممكن بعدما اوجبها فيثبت ما هو ممكن وهو
ان يجمع الثانية بها فيقعان واما كلمة مع فللقران قرنت بالضمير او لا فاقتضى وقوعهما معا وفي المدخول
بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى او قال للامراة الغير المدخول بها ان دخلت الدار
الدار فانت طالق وطالق وطالق او قال للاجنبية ان تزوجتك فطالق وطالق وطالق فدخلت الدار
في المسئلة الاولى وتزوجت في المسئلة الثانية فالاولى اي الطلقة الاولى واقعة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا كلها واقعة لان جمع بين الثلث بحرف الجمع واوقعها حال وجود الشرط فيقع كلها كما اذا اخر
الشرط وقيل انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار وكما لو جمع بلفظ الجمع وقال انت طالق
طلقات ثلثا وله ان المعلق كالمذكور عند الشرط لان صدر الكلام توقف على آخره لوجود المغير
ولا كذلك لو تقدم الشرط وبه تبين ان الجمع كالجمع بلفظه في حق اصل التعليق لا في كيفيته
ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق
لان الفاء للتعقيب وهو الاصح او عطف بثم فان قدم الشرط لغير المدخول بها بان قال ان دخلت الدار فانت طالق

ثم طالق ثم طالق فالاولى معلقة والثانية منجزة والثالث لغو عند ابي حنيفة رحمه الله وان اخر بان قال
انت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار فالاولى منجزة والباقي لغو عند ابي حنيفة رحمه الله وان قدم
الشرط في المدخول بها فالاولى معلقة والثاني منجزة وان اخر الشرط فالثالثة معلقة والباقي منجز
وقالا يتعلق الكل اي الثلث مطلقا اي سواء كانت مدخولا بها او لا وقدم الشرط او اخر لان ثم للعطف
على سبيل التراخي فباعتبار العطف يتعلق الكل بالشرط وبالتراخي يكون الثاني مرتبا على الاولى فاذا كانت
مدخولا بها يقع الكل على الترتيب لقيام المحل وان لم يكن مدخولا بها بانت بالاولى ولغا الباقي وله ان المعطوف
بثم في حكم المنقطع عما قبله فكانه سكت عن الاولى واستانف الثاني قولا بكمال التراخي ولو فصل بينهما بالسكوت
بان قال انت طالق وسكت ثم قال وطالق ان دخلت الدار كان يمنع التعليق فكذا العطف بثم يمنعه
فاذا قدم الشرط غير مدخول بها فتعلقت الاولى ثم جعل مستانفا للطلاق ينجز الثانية ويلغو الثالثة
لفوات المحل فان اخر الشرط وقعت الاولى والثانية منجزين لعدم تعلقهما بالشرط والعدة قائمة
وتعلقت الثالثة لقيام المحل ونحن نجيز تعليقه بالنكاح كقوله لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق
وكذا لو قالت الاجنبية حين المخاطبة ان تزوجك على فلانة فقال ان تزوجتها عليك فانت طالق
فتزوجها او تزوج فلانة عليها تطلق لان التقدير ان تزوجتك ثم تزوجتها عليك فتكون اضافة الى الملك
كذا في الكافي وكذا الظهار والايلاء والعتاق يجوز اضافتها الى الملك وهو قول عمر رضي الله عنه وقال ش
لا يجوز وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه انه خطب امراة فابى
اولياؤها ان يزوجوها فقال ان نكحتها فهي طالق فسئل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح
ولان التعليق تاخير التنجيز وهو لا يملك تطليق اجنبية تنجيزا فكذلك لا يملك تعليقا ولنا لان
المعلق كالملفوظ عند وجود الشرط فكانه قال عند ذلك انت طالق فيقع فيصح فان التصرف بالتعليق يمين
لانه تصرف من الحالف في ذمته لانه يوجب البر على نفسه فلا يتوقف صحته على ملك المحل بالفعل كاليمين بالله
بل يكفي وجود الملك بعد التزوج الذي هو سبب الملك وقت وقوع الجزاء والمحلوف به ليس طلاقا بالفعل
في المحل ليشترط له قيام المحل لانه لا يكون الا بعد وصوله الى المراة وما دام يمينا لا يكون واصلا اليها وانما
الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط فعرفنا ان المحلوف به ما سيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله
اليها ونظيره من الحسيات الرمي عينه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا لما هو قتل ولا هو قتل بل يكون مانعا لما
سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من وصول الطلاق الى المحل والتصرف لا يكون الا
من المالك في محله وهو المراة وهو بعرض ان يكون طلاقا فكذلك لا يكون طلاقا بعد تحليل وتحقيق الحل في النهي

على اصل مختلف فيه وهو ان التعليق سبب للجزاء عندنا من لم يكن سببا حقيقة وسببا مجازا ايضا السبب الحقيقي
وعند الشافعي رحمه الله هو السبب بمعنى العلة ولهذا لا يجوز الكفارة قبل الحنث كما لو ان السبب الحقيقي كالزكوة قبل تمام
الحول بعد وجود النصاب ولهذا لم يجز تعليق الطلاق والعتاق بالملك وقال زفر رحمه الله التعليق بالشرط
خال عن شبهة الحقيقة بل هو مجاز محض ولهذا قال التنجيز لا يبطل بالتعليق ولكنا نقول المعلق بالشرط
ان لم يكن تطليقا ولا سببا له في الحال ولكن فيه شبهة السببية على معنى انه لو فات البر لزمه الطلاق فلا
بد من محل اما بالفعل او بالاضافة ولهذا قالوا التعليق شرط الطلاق ووجود الجزاء علة وسبب لوقوعه
وان منع التعليق وصول الطلاق الى المحل والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ما نور عن السلف
كالشعبي والزهري والمكحول وسالم فانهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون
ذلك طلاقا فنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا طلاق قبل النكاح وقوله التعليق تاخير التنجيز
ممنوع بدليل انه لو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت حر صح مع انه لم يملك تنجيز العتق في الولد
المعدوم كذا ذكره صاحب الكافي وفي المحيط هذا اذا صرح النكاح ولو قال كل امرأة اجتمع معها في فراشي
فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا لو قال كل امة اطأها فهي حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان
التعليق غير مضاف الى الملك وحيلته ان يتزوج واجازه بالفعل لا يحنث ولو اجازه بالقول حنث وفي
الفضولي والتجويز فضلا اولى من فسخ اليمين في زماننا وينبغي ان يجيء الى العالم ويقول له من حلف ويتبين
احتياجه الى نكاح الفضولي فزوجه العالم امرأة ويجيزه بالفعل فلا يحنث واذا قضى القاضي بان الطلاق
المعلق بالتزوج لا يقع على المرأة نفذ القضاء وليس لقاض آخر ابطاله واذا قضى بالزوجية بينهما يصح
ولا يحتاج الى ان يقول قضيت ببطلان اليمين ولو قال لمعتدة ان تزوجتك فانت طالق ثلثا فهو كقوله
لاجنبية يحتاج الى القضاء بالفسخ وتعليق طلاق او طلاقين بالتزوج كتعليق الثلث ولو كانت اليمين
على امرأة واحدة يكتفى بالفسخ مرة واحدة وان كان على جميع النساء على كل امرأة يمين واحدة يحتاج الى الفسخ
في حق كل امرأة واذا فسخ في حق امرأة وتزوجها اخرى يحتاج الى فسخ اليمين ثانيا عند الامام الثاني وكذا في حق كل من
يتزوجها وقال محمد رحمه الله يكفي القضاء مرة بالفسخ قال الصدر رحمه الله والدبرهان الائمة الفتوى على قول محمد رحمه الله كذا
اختياره في التتمة والامام ظهير الدين افتى بقول الامام الثاني واكثر المشايخ على قول محمد رحمه الله في الطلاق كذا في
البزازية وابطلنا اجازته اي تعليق الطلاق بالنكاح مع التعميم كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال
مالك رحمه الله لا يجوز وهو قول ابن ابي ليلى وهو قول ابن مسعود فان خص بامرأة او قبيلة او شهر او نوع معين من
النساء او اجل بعينه يبلغه عمره كالسنة او سنتين على حسب عمره وقت اليمين او صفة مخصوصة كالبكارة

والسواد والثيابة يجوز بالاجماع الا عند الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز الاضافة الى الملك مطلقا لامر لهما انه
ان لم يسد طريق استباحة البضع وهو تعريض نفسه للزنا فلا يجوز لنا ان هذا يمين ولهذا لو حلف ان لا يحلف
فعلق الطلاق بشرط حنث لانه صدر من اهله وهو لم يوجد الشرط فهو يمين لا طلاق ولو قال ان تزوجتك فانت
طالق قبل ان انكحها يوقعه ابو يوسف رحمه الله الطلاق عقيب النكاح لانه علق الطلاق بالنكاح واراد ان يوقع
ذلك الطلاق الواقع قبل النكاح فلم يعتبر قبل فلغا ذكر ذلك الوقت فيقع في الحال كما لو قال اليوم غدا او غدا اليوم
وقالا لا يقع بشيء لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لا تطلق
فكذا هنا فما ذكره محتمل فلا يقع بالشك واذا علق الطلاق بشرط باحد الفاظه اي الفاظ الشرط كان
واذا واذما ومتى ومتما وكل وكلما فكلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة
كل ليس من الفاظ الشرط ولهذا يدخل الاسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والجزائية يتعلق بالافعال
وانما عدّ منها باعتبارات الحكم فيتعلق بالفعل الذي يلي مدخوله وهو الاسم كتعلقه بالشرط كما اذا قلت
عبد اشتريته فهو حر لا يعتق غير مشترى ففي ملك اي في امرأة مملوكة بالنكاح او مضاف اليه اي الى
الملك كقوله ان ملكتك بالنكاح فانت طالق وكذا التعليق بسببه كقوله ان تزوجتك فانت طالق
لانه سبب الملك صح اذا كان التعليق بصريح الشرط وان كان بمعنى الشرط كقوله المرأة التي اتزوجها طالق
فانها تطلق اذا كانت غير معينة ولو كانت معينة كقوله هذه المرأة التي اتزوجها طالق لا يقع الطلاق
عرفها بالاشارة فلا يراعى فيها الصفة وهي التزوج فبقي قوله هذه المرأة طالق فلا يطلق لعدم الملك
وان كان الشرط صريحا فيتم حتى لو قال ان تزوجت هذه المرأة فهي طالق فتزوجها تطلق كما تزوجها كذا في
شرح الهداية وقيد بملك او مضاف اليه لان التعليق يمين والغرض منه غالبا حمل النفس على الفعل او منعها
عنه ليكون وقوعه مخوفا فيتحقق الحمل او المنع ولا يكون ذلك الا بالملك او الاضافة اليه فان حال الاضافة
الى الملك يكون الجزاء واقعا لا محالة وحال قيام الملك يكون ظاهر الوجود نظرا الى مقتضى الحال
ولو لم يملكه في الحال حتى يحترز عن الشرط ولو لم يضف ايضا الى الملك يحترز عن تحصيل الملك فلا ينعقد اليمين
لانعدام الغرض منه ولا يبطل التعليق بزوال الملك لما وجد الملك او الاضافة اليه وقت اليمين
اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها بواحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها فدخلت الدار
طلقت لان هذا تعليق الطلاق بالملك والملك لا ينتفي بعد الزوج او بزوج اخر وقبله لان الطلاق
ما لم يبلغ ثلثا فاليمين باق ببقاء علته فان وجد فيها الشرط في الملك انحلت اليمين ووقع المعلق عقيبه
اي وقع الجزاء عقيب وجود الشرط لانهما باقيان اما الشرط فلانه لم يوجد واما الجزاء فلقيام المحل بقاء
الملك عليها

البرهان المبينة
وغير المبينة م

والا اى وان لم يوجد الشرط فى الملك بل وجد فى غير الملك انحلت اليمين بلا جزاء بوجود الشرط
ولا يقع الطلاق لان المحل غير قابل ولا يتكرر الجزاء بتكرر الشرط الا فى كلما فانه يتكرر الشرط والجزاء
لاقتضائها العموم المستلزم للتكرار حتى ينتهى الطلاق الثلث ولما لم يقتض غيرها العموم فالشرط
يتم وينتهى بوجود الجزاء مرة فلا يبقى اليمين بعد انتهاء الشرط فلا بقاء اليمين بدون الشرط ونحن انتهينا
التكرار بانتهاء الطلقات الثلث وقوعا فى صورة التعليق بان قال كلما دخلت الدار فانت طالق فان
دخلت الدار ثلثا انتهى الطلقات الثلث فاذا تزوجت المراة بعد الثلث بزوج اخر وعادت الى الزوج
الاول فوجد الشرط فى الملك الثانى لم تطلق وقال زفر رحمه الله تطلق لان كلمة كلما للتكرار ولنا
انه انما علق بما يملك من الطلقات وقد انتهى ذلك فينتهى اليمين ضرورة هذا الخلاف فيما لم يدخل
كلمة كلما على نفس التزوج فان دخلت عليها لا ينتهى لتكرارها عاما بل يحنث بكل مرة بعد تزوج زوج
آخر لان اليمين ينعقد باضافته الى ما يحدث من الملك وهو غير متناه وفى رواية المنتقى عن ابى يوسف
هذا لو كانت المراة معينة ولو ابهم وقال كلما تزوجت امراة فهى طالق فتزوج امراة طلقت فان تزوجها
ثانيا لم تطلق كما لو قال كلما املك هذا الثوب فهو صدقة لا يلزمه التصدق الا مرة ولو قال
كلما امراة اتزوجها فهى طالق ان كلمت فلانا فتزوج امراة طلقت تزوجها قبل الكلام لفلان ولا
تطلق التى تزوجها بعد الكلام وكذا لو قال ان فعلت كذا فامراتى طالق وليس له امراة فتزوج
امراة ثم فعل ذلك لا يحنث فى يمينه كذا فى قاضيخان ونحن ابطلناه اى التعليق بتنجيز ثلث فاذا قال
ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم نجزه وقال انت طالق ثلثا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت
اليه بعد الزوج الاخر فدخلت الدار لم تطلق وقال زفر رحمه الله تطلق وهو قول من ان فعل اباه
كذا فى الحيل لان زوال الملك لم يبطل التعليق كما لو قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر ثم باعه
وعاد اليه بالشراء ثانيا فدخلها عتق ولنا ان تعلقه كان باعتبار ملكه الموجود بوقوع الثلث عليها
فبارتفاع الملك ومحلية الطلاق بالكلية يبطل التعليق بخلاف البيع لان ملك العبد له غير محدود فكان
محلا ولحاقه اى لحاق الزوج بدار الحرب مرتدا بعدما علق طلاق امراة بشرط كالدخول ونحوه ثم
دخلت الدار وهى فى العدة مبطل لتعليقه فاذا قال انت طالق ان دخلت الدار فلحق الزوج بدار
الحرب بعد التعليق ثم عاد مسلما وتزوجها ودخلت الدار تبطل تعليقه عند ابى حنيفة رحمه الله فلا يطلق
وقالا لا تبطل وتطلق بوجود الشرط لان المعلق بالشرط ينزل عند وجوده لان زوال الملك لا يبطل
بالتعليق من غير قصد واداء فصار كالحيض وله انه بالارتداد ولحوقه بالجهاد وفات اهلية الملك عنه

الى الاسلام لم تعد ذلك التعليق الذى حكم بسقوطه لاستحالة عود الساقط بخلاف الجنون لان الملك
لم يزل به ونحن اوقعنا الطلاق البائن المعلق بشرط وجد فى عدة باين منجز قال لامراته ان دخلت
الدار فانت باين ثم طلقها باينا منجزا فدخلت الدار فى عدتها يقع المعلق وقال زفر رحمه الله لا يقع
لان البائن لا يلحق البائن لانه وضع لازالة القيد وقد زال ولا يقع فى عدة باين منجز ولنا ان التعليق
صحيح وقد وجد الشرط وهى محل لوقوع الطلاق عليها لانها فى عدة النكاح فينزل الجزاء كما
لو كانت فى عدة من طلاق رجعى وعدم لحوق البائن بكلام مستانف بان قال انت باين لانه امكن
جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلم يحتج الى جعله انشاء اقتضاء بخلاف قوله انت طالق
فيقع به اخرى ولا يمكن جعله اخبارا لانه متعين للانشاء شرعا فلا يصدق بدعوى الاخبار والمراد
من المنجز المنجز فى الحال ولا بشرط لن يكون منجزا فى الاصل حتى لو قال ان دخلت الدار فحلال
الله على حرام او قال ان كلمت فلانا فعلى كذا فدخل الدار ودخل الدار وقع الطلاق البائن ثم
كلم فلانا قال ظهير الدين المرغينانى ينبغى ان يقع كذا فى الحقايق ومن هذا يعرف ان الصريح يلحقه

هو البائن يلحقه الصريح

لا البائن الا اذا كان معلقا بالشرط ولو قال كلما تزوجتها فطالق فتزوجها فى يوم واحد ثلثا اى
ثلث مرات ودخل بها كل مرة لزم الزوج اربعة مهور ونصف اى مهر ونصف مهر وانما محمد رحمه الله الزوج
من الزوج بثلث تطليقات وحكما بتطليقتين ومهرين ونصف اى نصف مهر والمراد من المهر هنا
ما يكون عوضا للبضع لعموم المجاز ليشمل العقر الذى يلزمه بالدخول والمسمى الذى يذكر فى النكاح
فلا اغبار فى العبارة وهذا الخلاف مبنى على ما سبق فى النكاح من ان المبانة اذا نكحها الزوج فى عدتها
وطلقها قبل الدخول بها فعليها اتمام العدة عنده لان الدخول فى الاول دخول فى الثانى وقالا عليها عدة مستقبلة
ولها عليه مهر المسمى فى النكاح الثانى كاملا فمحمد يقول بالتزوج الاول طلقت لوجود شرط الطلاق بلا
قبل الدخول ولها نصف المهر وبالدخول بعد عقر اخر لوجود الشبهة لان الطلاق غير واقع عند الشافعى
لان التعليق لا يصح عنده فيلزم المهر بجهة الدخول وبالتزوج الثانى طلقت ايضا والدخول الاول ليس بدخول
فى هذا التزوج الثانى على اصله فوقع الطلاق قبل الدخول لوجود الشرط قبل الدخول فوجب نصف مهر آخر
وبالدخول الثانى لم يصر راجعا فوجب مهر اخر بالدخول الثانى وبالتزوج الثالث لها مهر ونصف ايضا لان
صح فصار اربعة مهور ونصف مهر وهما يقولان بالتزوج الاول طلقت والدخول بعده لها مهر و
نصف كما ذكر وبالتزوج الثانى طلقت ايضا فلها مهر تام لان هذا طلاق بعد الدخول على اصلهما لان
الدخول الاول دخول فى الثانى وبالدخول الثانى صار مراجعا ولا يجب شىء ولا اعتبار بالتزوج الثالث

فلم يقع الثالث لان نكاح المنكوحة غير صحيح فملكها الزوج بطلاق واحد فطلقت بطلقتين ولها
مهران ونصف مهر او قال كلما تزوجتها فهي طالق باينا فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة
الزمه محمد رحمه الله بتلك المهور على الزوج فقال لها اربعة مهور ونصف مهر فطلقت ثلثا ايضا اعتبارا
بالمسئلة السابقة وهي الخمسة ونصف وبانت بثلث وقالا لها وجب بالنكاح الاول وبالدخول بعده للشبهة
كما ذكر في المسئلة الاولى مهر ونصف مهر وبالنكاح الثاني طلقت ثانيا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد
الدخول على اصلهما ومهر اخر بعده للشبهة بالدخول فلم يصر به مراجعا لان الطلاق باين وبالنكاح ثالثا
طلقت ثالثا لانه صحيح ايضا لانه نكاح المبانة بطلقتين ولها مهر وبالدخول بعده مهر اخر فصار خمسة
مهور ونصف لانه وجب ثلثة مهور بثلثة دخول ونصف مهر بالنكاح الاول ومهران بالنكاحين الاخيرين
ولو اختلفا اي الزوجان في اصل الشرط او في تحققه كان القول له اي للزوج لانه منكر والبينة لها
لانها مدعية فاذا استفيد وجود الشرط منها بالامكان معروفا من جهتها في حقها كالتعليق بحيضها
اعتبر قولها لانه امينة في الشرع كما يقبل قولها في العدة لو اخبرت بانقضاء عدتها او كما يحرم وطئها
اذا اخبرت برؤية الدم ويحل لو اخبرت بانقطاعها كذلك يقبل قولها كان حضت فانت طالق
وفلانة فاخبرت بانها حاضت طلقت خاصة لان اخبارها في المعنى شهادة بطلاق ضرتها فلا يسمع
لانها متهمة في حقها وفي التبيين انما يقبل قولها لو اخبرت والحيض قايم فان انقطع لا يقبل قولها
لانه ضروري يشترط فيها قيام الشرط ولو كذبها الزوج فان صدقها تطلق ضرتها ايضا لثبوت
الحيض في حقها بتصديقه ويشترط استمرار الدم ثلثا اي ثلثة ايام فلا تطلق بمجرد رؤيته لاحتمال
ان ينقطع فيما دون الثلث فان تمت ثلثة ايام كان دم حيض فيقع الطلاق من حين الرؤية حتى لو لم
يكن مدخولا بها فتزوجها بعد الرؤية بزوج اخر ثم راى الدم ثلثة ايام صح نكاحها وعند الشافعي لو اراد بعد يوم
وفي وجه من انه في واحد بعد يوم من اول الرؤية كذا في اول الرؤية كذا في العيون فان قال الزوج ان حضت
حيضة فانت طالق فطهارتها اي يشترط طهارتها ولا تطلق قبلها لان الحيضة اسم للكاملة اذ كمالها بانتهائها
وذلك بالطهر منها وكذا لو قال نصف حيضة لانها لا يتصور كالتعليق عطف على مقدر وهو كالتعليق
بحيضها فيكون مثالا اخر للشرط المستفاد من جهتها بمحبتها وبغضها اي كما اذا قال ان كنت تحبيني
او تبغضيني فانت طالق وفلانة فقالت احبك او ابغضك طلقت لان المحبة امر باطن انما تعرف من جهتها
ولا تطلق فلانة لما سبق فان قال ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك وكذبها الزوج عكسه
محمد رحمه الله وقال لا تطلق واوقعاه وقالا تطلق بتكذيب الزوج لان المحبة لا تكون بالقلب فتقييده به لغو

سواء وله انما المحبة بالقلب تعليق ذكر بحقيقة الحب في القلب وحقيقة الحب فيه غير معلوم فلا يطلق
بالشك وذكر في النهاية ان هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى لوجهين احدهما ان هذا يقتصر على المجلس
لما فيه من معنى التخيير بجعل امر الطلاق الى اختيارها باظهار المحبة وفي مسئلة الحيض لا يقتصر كساير التعليقات
والثاني انها لو كانت كاذبة في مسئلة الحيض لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى وفي مسئلة المحبة يقع لان حقيقة
المحبة والبغض مما لا توقف عليه لان القلب يتقلب ولا يستقر على شيء فصار كان الشرط الاخبار عن المحبة وقد وجد

فصل

في الاختيار والمشية اصل الباب ان ما كان تمليكا وتعليقا وتنوعهما يقتصر على
المجلس وما كان توكيلا وتعليقا لا يقتصر على المجلس وفيه عشرة الفاظ فالخمسة هي المشية والارادة والمحبة
والرضا والهوى والخمسة الاخرى هي الامر والاذن والحكم والعلم والقدرة وقد يوصل بحرف الباء مرة وبا
للام تارة وبكلمة في اخرى وقد يضاف الى الله تعالى بان يقول بمشية الله تعالى او بارادة الله تعالى مثلا فلا يقع اصلا
لانه تعليق بما لا يوقف عليه كقوله ان شاء الله لان حرف الباء للالصاق فيلتصق بوجود المشية كالشرط الملتصق
بوجود الجزاء وان اضافه الى العبد كان تعليقا وتمليكا كقوله ان شاء فلان فيقتصر على المجلس وفي الخمسة
الاخرى يقع في الحال سواء اضافه الى الله او الى العبد لان حرف الباء في هذه المواضع للتنجيز كقوله انت
طالق بحكم القاضي فيكون تعليقا بموجود فيكون تنجيزا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء
اضافه الى الله او الى العبد لانه تعليل كانه اوقع وعلل كقوله انت طالق لدخولك الدار وان ذكر بحرف
في ان اضافه الى الله لا يقع في الوجوه كلها الا في العلم لان كلمة في هنا بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه
فلا يقع الا في العلم فانه لا يصح نفيه عنه بحال فيكون تعليقا بالموجود ولا يلزم على هذا القدرة لان المراد منها
التقدير قال الله تعالى فقدرنا فنعم القادرون وقد يقدر فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه وان اضافه الى العبد في
الخمسة الاولى كان تعليقا وتمليكا فيقتصر على المجلس وفي الخمسة الاخرى كان تعليقا ولا يكون تمليكا فلا
يقتصر على المجلس كذا في الزيادات اذا قال الزوج اختاري ينوي الطلاق يتقيد بالمجلس لما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما قالا في حق زوجة المخيرة لها الخيار ما دامت في مجلسها فلا بد من النية لان لفظ اختاري من الكنايات
يحتمل انها اختاري نفسها او شيئا غير امر الطلاق فان تبدل مجلس حقيقة بان تنتقل عنه الى المجلس الاخر سواء انتقلت بنفسها
او بغيرها او حكما بان تشتغل بشيء اخر لان مجلس الاكل غير مجلس الحكاية بطل خيارها لوجود دليل الاعراض عما
فوض وكذا لو قامت من مجلسها وان لم تذهب وزادت في النفل على الركعتين وعن محمد رحمه الله في اربع قبل
الظهر لا يبطل وان اتمها اربعا هو الصحيح واما لو كانت قايمة فجلست او متكئة فقعدت لانه دليل الروية
او طلبت اباها للمشورة او شهود الشهادة او اكلت شيئا يسيرا او لبست ثوبا من غير ان تقوم لا يبطل

وان اختارت نفسها فقالت اخترت نفسي كانت باينة ولو قالت طلقت نفسي في جواب الزوج اختاري فالمذكور
في الهداية رجعية وهو قول ابن فضل وابيه رحمهما الله كذا في العيني وفي شرح الوافي الصواب انها باينة لان العامل
في وصف الطلاق تخيير الزوج دون ايقاعها فلهذا لو امرها بايقاع البائن فوقعت رجعية او بالعكس فيقع ما امر
دون ما اوقعته وايضا لم يوقعوا في الاختيار طلقات ثلثا وان نواها الزوج بقوله اختاري فلا يقع الثلث
وقال مالك رحمه الله يقع الثلث وان لم ينوها والمراد قوله وهو قول احمد وعن مالك رحمهما الله لو نوى ما دون الثلث
صدق مع يمينه وقال الشافعي رحمه الله يقع بنية الثلث كذا في العيني وقد مر بيان خلافه في الكنايات
وقد مر دليلها وانما لم يصح نية الثلث في الاختيار مع صحتها في ساير الكنايات لان الاختيار لا يتنوع
الى غليظة وخفيفة كما يتنوع الابانة فلا بد من ذكر النفس في كلامه بان قال اختاري نفسك او في كلامها
بان تقول اخترت نفسي حتى لو خلا كلامهما عن نفس الذكر لا يقع لان ذكرها عرف باجماع الصحابة رضي الله عنهم مفسرا
وهو في ذكر النفس من احد الجانبين لان الاختيارة اذا وقع مبهما في الكلام لا يصلح ان يكون احدهما
للمبهم الاخر ولو ذكر في احد الكلامين ما يقوم مقام النفس كما لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت
او قال اخرى فقالت اخترت اختيارة كان كذكر النفس لان الهاء دليل الوحدة والمراة انما تتحد عليها
فيما يحتمل العدد والمحل له اختيارها نفسها لا اختيار الزوج كذا في النهاية وفي الفوايد التاجية هذا اذا
لم يصدقها الزوج انها اختارت نفسها اما اذا صدقها يقع الطلاق بتصادقهما وان خلا كلامهما عن ذكر
النفس ولو قال الزوج اختاري نفسك اليوم وبعد غد فردت الزوجة اليوم نحو ابتنيا اي الخيار
بعد الغد وقال زفر رحمه الله لا يثبت فيه الخيار واحد في وقتين وتخلل بينهما وقت لا يثبت فيه الخيار فلا بد للظرف من تعداد
من المظروف فما ثابت لها يكون خيارين بخلاف قوله اليوم وغدا لاتصال الوقتين وكان ذكر الغد
لامر وكان الخيار فيه واحد او كرر اختاري ثلثا وقال لامراته اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او
الوسطى او الاخيرة فهي ثلث اي وقعت الطلقات الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا واحدة وهو قول
الشافعي رحمه الله وكذا في العيني ولا حاجة الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس بدلالة التكرار اتفاقا لان الاختيار
الطلاق هو الذي يتكرر واختيار الزوج لا يتكرر هذا ما ذكر في الهداية والمذكور في المحيط والزيادات ان النية
شرط فيها وفي التبيين ينبغي ان يكون حذف النية فيها لشهرتها الا انها ليست بشرط لهما ان الزوج
فوض اليها الثلث طلقات في ضمن ثلث اختيارات فاذا قالت اخترت الاولى يكون معناه اخترت بوجها او هي طلقة
واحدة ولان الكلام لو الغي في حق الاصل لغي في حق التبع وكلامها هذا تقييد الترتيب اصالة والافراد تبعا
واذا بطل في حق الترتيب اذ لا ترتيب بين الطلقات بطل في حق الافراد وبقي مجرد قولها اخترت فيقع الثلث كما لو

لانه خيارة

اختص عليها ابتداء او قال الزوج اختاري من طلقات ثلث ما شئت فلها اختيار واحدة اي فلها اختاري
طلقة فتطلق واحدة او ثنتين لا غير فليس لها اختيار طلقات ثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها اختيار
الثلث لان هذا الكلام يستعمل للاستيعاب والعموم كما يقال خذ من طعامي ما شئت ان جعلت من للتبيين
يكون ما عامة لكل الثلث وان جعلتها للتبعيض يكون عامة في بعضها وهو واحدة او ثنتين فلا يقع
الثلث بالشك بخلاف الطعام لان دلالة الحال يقتضي الجود والسماحة ووقوع الثلث مما يحترز عنه ولو قال
طلقي نفسك يتقيد بالمجلس لان الامر بتطليقها نفسها تمليك لانه لا يمكن ان يكون توكيلا في حق نفسها
بخلاف قوله طلقي ضرتك حيث لا يتقيد بالمجلس لانه توكيل والتمليك يختص بالمجلس وليس له الرجوع من كلامه لانه
في معنى اليمين لانه تمليك في ضمنه تعليق الطلاق بتطليقها فلا يصح الرجوع عنه لانه تصرف لازم فان طلقت
ولم يكن له نية او نوى واحدة كانت رجعية وان نوى ثلثا فاوقعها اي طلقت نفسها ثلثا وقعت ثلثا
ولو نوى ثنتين لا يصح وعند الثلث وزفر رحمهم الله يصح كذا في العيني وان كانت امة يقع لانها في حكم الثلث
نحوها او قال الزوج لها طلقي نفسك متى شئت عم الاوقات فلم يتقيد بالمجلس لان كلمة متى عامة في جميع الاوقات
وكذا لو قال ما شئت او متى ما شئت او وكل الزوج رجلا بطلاق امراته عم وصح الرجوع لانه توكيل وهو
استعانة فلا يلزم المجلس الا قال الزوج لرجل طلق امراتي اذا شئت يتقيد بالمجلس ومنعنا اي لا يملك
عزله فلا يصح الرجوع وقال زفر رحمه الله لا يتقيد بالمجلس وهو قول الشافعي واحمد رحمهما الله كذا في العيني ويملك
عزله لانه توكيل وتقييده بالمشية لغو لانه انما يعمل بالمشية كما لو قال بع عبدي ان شئت ولنا انه تمليك لانه
تعليقه بالمشية يدل على اثبات المالكية اذ المالك هو الذي يتصرف عن مشية نفسه بخلاف البيع لانه غير قابل
للتعليق فيبطل ذكر المشية فلا يفيد معنى التمليك ولو قال طلق امراتي ان شاءت لا يصير وكيلا ما لم يشا
ولها المشية في مجلس علمها فان شاءت فصار وكيلا مطلقا فانما يقع في مجلس مشيتها كذا في المحيط او قال لزوجته
انت طالق كيف شئت فهو اي طلاق المراة واقع رجعيا عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا اي ان شاءت في المجلس او لم تشأ
والكيفية اي كيفية الطلاق الواقع من كونه باينا او ثلثا متعلقة عند ابي حنيفة رحمه الله بمشيتها دون اصل الطلاق
في المجلس التي نوى الزوج فان شاءت باينا او ثلثا يقع ان وافق نية الزوج حتى لو لم يوافقها لغا تصرفها فبقي
ايقاع الزوج وهذا بناء على مذهبه من ان الزوج يجوز ان يجعل باينا او ثلثا على امراة مدخول بها لو لم يكن كذلك
لا مشية لها اصلا عنده وعندهما لها المشية في اصل الطلاق كما في الوصف وقدم الا ابا يوسف مع ابي حنيفة
في جعل الرجعي باينا ومع محمد رحمه الله في عدم الرجعي ثلثا فلا بد ان يجعل لابي يوسف قولا لا يتوقف على السبق وان
لم يحضره النية يعتبر مشيتها جريا على موجب التخيير لانها اقامها مقام نفسه وهو يقدر ان يجعل باينا او ثلثا

نص هاله

بعد ما كان رجعيا فكذا من قام مقامه واوقفنا عليها اى جعلنا الطلاق متوقفا على مشيتها اصلا اى وقوعا
ووصفا لان وصف الطلاق مفوض اليها فلو وقع فى الحال رجعيا يلزم وقوع الوصف بلا مشيتها وهو لا يجوز
فيتعلق اصله بوصفه كما لو قال لها انت طالق كم شئت ولهما ان المشية على صفة الطلاق فيبقى اصل الطلاق بلا مشية
وهذا لانه ملكها التصرف فى وصف الطلاق والتصرف فى الوصف لا يتصور قبل وجود الاصل لان الوصف يستدعى
وجود الاصل لان المعدوم لا يتوصف كما قال القائل يقول خليلى كيف صبرك بعدنا وهل يوجد صبر
فتسال عن كيف بخلاف كم شئت لان كم اسم للعدد والطلاق المقارن بالعدد لا يقع بدونه وثمرة
الخلاف تظهر فيما اذا قامت عن مجلسها قبل المشية فعند ابى حنيفة رحمه الله يقع واحدة رجعية وعندهما
لا يقع شئ ولو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت نفسها بائنة او امرها بالبائن فاوقعت رجعية يقع به الرجعى
اما فى المسئلة الاولى فلانها وافقته فى اصل الطلاق وخالفته فى الصفة فيقع اصل الطلاق وهو رجعى و
اما فى الثانية فلان قولها طلقت يصلح جوابا فما يصلح جوابا يصح ويبطل الزيادة وهى قولها رجعية كذا ذكر
قاضيخان فى شرح الجامع الصغير او قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان نحو شرطنا المشية بهما اى
عليهما اى على المرأتين اذا شاءت كل واحدة منهما طلاقهما حتى لو شاءت احديهما دون الاخرى او شاءت
او شاءت طلاق احديهما لا يقع وقال زفر رحمه الله يقع على التى شاءت لانه اضاف المشية اليهما فتنفرد كل واحد
منهما فيها كما لو قال ان ركبتما او لبستما ولنا ان الشرط لا يتوزع على اجزاء المشروط والشرط مشيتهما
طلاقهما فلا يؤثر الشرط فى الجزاء الا عند كمال الشرط كما لو قال ان كلمتما زيدا فطالقان بخلاف ما ذكره
لان القياس متروك فيه للعرف كذا لو قال لامرأتيه ان دخلتما هاتين الدارين فانتما طالقان فدخلت
احديهما احدى الدارين والاخرى الاخرى طلقتا خلافا لزفر رحمه الله لان الجمع اذا قوبل بالجمع ينقسم الاحاد
على الاحاد كذا فى النوازل او قال لامرأته انت طالق غدا ان شئت نحو اثبتنا الخيار فى الغد لا فى المجلس
نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال لها الخيار فى المجلس ولو قدم الشرط وقال ان شئت فانت طالق غدا فعلى
ظاهر المذهب الخيار فى المجلس لا فى الغد وفى رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة رحمهما الله ان لها الخيار فى الغد ايضا
لانه ملكها مشية الطلاق وهو موقت بالغد فكذا مشيته ولزفر رحمه الله ان الطلاق مضاف الى الغد والمشية مطلقة
فتقتصر على المجلس فى الصورتين كما قدم الشرط واخر ولنا الفرق انا اذا قدم الشرط يكون المشية فى الحال
ويقع غدا قيدا للطلاق فى الغد وصورة مشيتها ان تقول شئت اليوم ان اكون طالقا غدا فتقتصر
على المجلس لانه ملكها الطلاق معجلا بقوله طلقى نفسك فيقيد بالمجلس مذكورا للمؤجل فاذا اخر يكون المفوض اليها
طلاقا مؤجلا فى الغد فكذا مشيته تكون فى الغد ولو قالت شئت ان تقع الطلاق اليوم يقع اليوم ولا فى الغد

لانها شاءت غير ما فوض اليها واتت بشئ اخر فصار كالقيام عن المجلس كيفى قال انت طالق ثلثا
الا ان تشائى واحدة فقالت اى قالت شئت طلقة واحدة نحو حكم ابو يوسف رحمه الله بوقوع طلقة واحدة
لان المفهوم من هذا الكلام انها اذا شاءت واحدة يقع عليها واحدة ولا يقع الثلث وقال محمد رحمه الله
شيئا وقال لا تطلق لان معنى هذا الكلام ان لم تشائى واحدة فانت طالق ثلثا الا لا ان اصل الكلام
قال الله تعالى الا ان تقطع قلوبهم فان دخل فيما يتوقف حمل على الغاية وان دخل فيما لا يتوقف حمل على الشرط
مجازا والطلاق مما لا يتوقف فان شاءت الواحدة لا يقع شئ كما لو قال انت طالق ثلثا الا ان يقدم فلان
فقدم لا يقع شئ او قال الزوج انت طالق ان شاء الله متصلا قائما وان فيحمه الله لم يوقعه اى
الطلاق وقال مالك رحمه الله يقع لان شرط تحقق اذ لو لم يشأ الله لما جرى على لسانه التطليق ولنا
ان مشية الله وقوعه غير معلومة فلا يقع كما لو علق بمشية انسان غائب لا يوقف عليه والجارى على لسانه
تعليق لا التطليق ولو سكت قدر ما يتنفس به الانسان او عطس ثم قال ان شاء الله تعالى صح الاستثناء
لما كان عن العذر ولو حرك لسانه وصحح الحروف بالاستثناء ولم يكن مسموعا لنفسه وتركيبه يصح عند الكرخى
فصل او قال انت طالق ثلثا وثلثا ان شاء الله او قال المولى لعبده انت حر وحر ان شاء الله فللمعطوف
وطلقت ثلثا ويعتق عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا تطلق لان التكرار شايع يحمل عليه تصحيحا لكلامه
فلا يبطل اتصال الاستثناء وله ان قوله وثلثا لغو لانه لا فايدة فيها اذا التغليظ فهم مما قبله ولا يجوز ان يكون
تاكيدا لتخلل واو العطف فيمنع المعطوف عن اتصال الاستثناء فيقع او قال ان شاء الله انت طالق
نحو جعل ابو يوسف رحمه الله هذا القول تعليقا لان المبطل متصل بالايجاب فيبطل حكمه كما لو اخر ان شاء الله
وما جعله تطليقا لان الموضوع لارتباط الجملتين وهو الفاء منتف هنا فلا يتصل بالارادة فيبقى قوله انت
طالق منجزا بخلاف تاخير الشرط لان الجزاء ح يكون موقوفا على ما بعده لوجود المغير فيه ولو استثنى من الثلث
بان قال انت طالق ثلثا الا اثنتين وقعت واحدة فاستثنى واحدة من الثلث فثنتان اى وقعت ثنتان
ولو قال الا ثلثا وقع ثلثا لبطلان الاستثناء واذا وقع اكثر من ثلث ثم استثنى منه كان الاستثناء
من جملة الكلام لا من الثلث وفى البزازية لو ادعى الاستثناء او الشرط فالقول له ولو شهدوا انه
لم يستثن يقبل وهذا مما يقبل فيه البينة على النفى لانه فى المعنى امر وجودى لانه عبارة عن ضم الشفتين
عقيب التكلم بالموجب ولو قالوا طلق ولم نسمع كلمة الاستثناء والزوج يدعى الاستثناء لا يسمع الشهادة
لجواز انه قال ولم يسمعوه والشرط سماعه لا سماعهم على ما عرف فى الجامع الصغير وذكر الاوجندى انما يسمع
دعوى الاستثناء اذا ثبت الطلاق باقراره ولو ثبت بالبينة لا يقبل وفى جامع الفصولين الصحيح

ان الزوج لا يصدق الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد احوال الناس في هذا الزمان

في الطلاق الفار فمن ابان امراته في مرضه اي مرض موته بلا سؤالها ولا برضاها منها وهو ما يكون

الهلاك فيه غالبا حتى ان طلق وركب السفينة امراته لا يكون فارا ولو انكسر السفينة وطلق امراته يكون

فارا ثم مات الزوج في العدة لكن نورثها استحسانا فتوخذ منه الميراث وقال الشافعي رحمه الله في احد

قوليه لا ترث وهو القياس قيد بالابانة لان في الطلاق الرجعي اذا مات الزوج وهي في العدة ترث

ايضا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار حكم النكاح باق من وجه وفي المنظومة ولم يفرق الزوج بالثلث

لا حق للمراة في الميراث قيد بالثلث ليتصور الخلاف لان الطلاق الرجعي لا يمنع الارث سواء كان

في المرض او في الصحة فلا يكون اجماعا والكنايات رواجع عنده فصورة البينونة منحصرة في الثلث

والطلاق على مال وهو برضى المراة وذكر في العيون فالصريح سواء كانت طالق ومطلقة وطلقتك يقع به

واحدة رجعية وان نوى كثرا او الابانة وعند الثلث وزفر لا تقع ما نوى فيفهم منه ان الابانة يقع

بالنية عند الشافعي رحمه الله على انه لو قال انت طالق واحدة باينة فالظاهر انه يقع الواحدة البائنة عنده

لانها مفسدة الطلاق عنده لان الزوجية زالت بجميع احكامها فلا يستحق الارث وجه الاستحسان اتفاق الصحابة

على انها كذا في المبسوط ولان الزوج قصد ابطال ارثها فيرد عليه قصده الى انقضاء العدة دفعا للضرر

عنها فيجعل النكاح باقيا ما بقيت العدة ولو طلقها ثلثا بامرها او قال اختاري فاختارت نفسها او اختلعت

منه وهي في العدة لا ترث لانها رضيت بابطال حقها وفي النهاية الفرار كما يثبت من جانب الزوج يثبت من

جانب الزوجة كما لو ارتدت العياذ بالله وهي مريضة فمات يرثها زوجها لانها قاصدة عن ميراثه وايضا شرطها

كونها اي المراة لم تكون وارثة في العدة وقال مالك رحمه الله ترث بعد العدة ما لم تتزوج باخر وهو قول احمد

واحد قولي الشافعي وابن ابي ليلى لقول ابن ابي كعب رضي الله عنه امراة الفارة ترث ما لم تتزوج ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه

امراة الفار ترث ما دامت في العدة وما روي محمول على ما لم يتمكن من الزوج ما دامت في العدة

روينا محكم فالاخذ به اولى ويجعلها ابو يوسف رحمه الله عدة مطلقة الفار طلقها باينا بالاقراء اي

بالحيض وهما يجعلانها بابعد الاجلين من ثلث حيض واربعة اشهر وعشر لان نكاحها اذا بقي في حق الارث

فيبقى في حق العدة اولى لانها اسرع ثبوتا من الارث ولهذا لا يستحق الارث بنكاح فاسد والعدة يستحق به

ولان نكاحها زال بالطلاق لا بالموت فلا يلزمها عدة الوفات كما لو طلقها بسؤالها وتوريثها كان للزجر

للفرار ولو كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة اجماعا ولو علقه اي طلاقها مراة في صحته بفعل اجنبي سواء كان

مما لا بد له او لا فوجد الشرط في مرضه لا يمنعها الارث وقال زفر رحمه الله لها الارث وهو قول الشافعي كذا في العيون

لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وبوجود الشرط منه فكانه طلق للحال في المرض ولنا انه حين تكلم

بالتعليق لم يكن حقها متعلقا بماله وفي المرض لم يوجد من الزوج فعل فلم يكن فارا او علق في صحته

بفعلها الضروري لها ولا بد لها منه طبعا كالاكل والشرب ونحوهما او شرعا كالصوم والصلوة

وكلام الاب فعلته المراة ذلك الفعل في المرض اي مرض الموت ابطل محمد رحمه الله توريثها وقال لا ترث

لا نعلم الاخبار انها صارت مكرهة فينتقل منها الى الزوج فصارت كالتعليق بفعل نفسه لان فعل

التطليق لم يوجد في حال التعليق حقها بماله فلا يكون فارا كما لو علقه بفعل اجنبي ولو تعلق بفعل نفسه التعليق

والشرط او الشرط فقط في مرضه او بفعلها ولا بد لها منه وهما في مرضه او الشرط فقط فيه ورثت وفي

غيره لا الا عند مالك رحمه الله فالحاصل ان التعليق بفعله ترث مطلقا وان كان بفعلها ولا بد لها منه فكذلك

الا انه ان كان التعليق في الصحة ففيه خلاف محمد وزفر رحمهما الله وان كان لها منه بد لا ترث وان علق بغير

فعلها فان كان التعليق في المرض ترث والا فلا والطلاق الذي تملك فيه الرجعة ترث فيه في جميع الوجوه

سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها سواء كان بفعلها او بفعله وسواء الفعل مما لها بد او لم

يكن سوى قيام العدة فانه مشروط فيها جميعا لانه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان سبب الارث

قايما ولو اقر المريض مرض الموت بانقضاء عدتها اي من الطلاق عدتها في الصحة بان قال كنت

طلقتك في صحتي وانقضت عدتك وصدقته في ذلك القول فاقر لها بدين او عين او اوصى لها بوصية

فمات من مرضه فلها الاقل منهما اي مما اقر لها او مما اوصى ومن ميراثها عند ابي حنيفة رحمه الله وحكما

بصحتهما اي صحة الاقرار والوصية لها لانهما بتصادقهما الطلاق ومضى العدة ارتفع النكاح

بينهما بجميع علايقه فصارت اجنبية وكانه متهم فيه لاحتمال ان يجعل اقراره وسيلة اتصال النفع لها

اكثر من ميراثها اذا تم ميلا اليها فلا يعتبر قول المتهم فيجب عليها العدة من وقت اقراره وعليه الفتوى وفي

النهاية تاخذ تلك المراة بطريق الميراث لا الدين حتى لو توى بعض التركة توى عليها كساير الورثة كذا

ذكر الامام التمرتاشي

فصل

في الرجعة بفتح الميم وكسرها والفتح فصيح ولها شرايط اربع احديها

صريح لفظ الطلاق او اضماره كما في رواجع الكنايات كاعتدي واستبري والثانية ان لا يكون في مقابلة

مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاث المجملة او تتميما الرابعة ان يكون المراة مدخولا بها ولا يصح تعليق

الرجعي بالشرط عندنا لانه بمنزلة اثبات الملك وتعليق الملك بالشرط باطل ويراجع الزوج المعتدة من

طلاق رجعي وان لم ترض المراة بالاجماع كذا في العيون لا لطلاق قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اي ازواجهن

اولى بردهن وفي الاية اشارة الى شرطية العدة الرجعية اذ بعد انقضائها لا يبقى البعلية لانقطاع النكاح

ولو قال للمبانة ان راجعتك فانت طالق ثم تزوجها بعد انقضاء عدتها تطلق لانها لما لم يكن محلا للرجعة
انصرف اليمين الى النكاح مجازا ونحن لا نحرم بداى بالطلاق الرجعي الوطي وقال الشافعي رحمه الله يحرم لزوال
النكاح لانه لم يشرع الا رافعا للملك الرجعية وفي قوله تعالى بردهن اشارة اليه لان الرد اعادة الزائل ولنا
قوله تعالى فامساك بمعروف سمى الرجعة امساكا وهو استدامة القائم على ملك المتعة ولو كان زائلا لتوقف
الرجعة على رضاها ولما ثبت الملك بعقد جديد ولما وقع الطلقة الثانية في العدة ولفظ البعل في الآية
يدل على قيامه لان البعل هو الزوجية والتسمية حقيقة يستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطي
بالاجماع ويملك رجعتها بدون رضاها نظرا اليه وتمكنا للتدارك بعد الندم كان مستبدا به فكان استدامة
للنكاح القائم اذ لو زال لزال الملك المتعة فيها ضرورة الا ترى انه يملك ايقاع الثانية في العدة ولو كانت
زايلة بحال وقوع الطلاق لما امكن ايقاع الثانية في العدة لانها يكون مزيلة لما ازالته الاولى وازالة
المزال باطل وثبت الرجعة بالقول بالاجماع كراجعتك وامسكتك ورددتك لانه صريح في معناه ولو
قال لها انت عندي كما كنت او انت امراتي ويقول بالفارسية بازا وردم ترا او بازكردم كرم يصير مراجعا
اذا نوى لانه يحتمل ان يكون صادقا كذا في المحيط ونحن نثبتها اى الرجعة بالفعل كاللمس بشهوة والنظر
الى الفرج بشهوة اراد به الفرج الداخل كذا في الكفاية فكما ثبت حرمة المصاهرة ثبت به حق الرجعة وهذا خلاف
بناء على تفسير الرجعة فعندنا الرجعة استدامة الملك بما في والفعل المختص بالملك يكون اولى على استدامة الملك من
القول ومعنى الرجعة عبارة عن اقامة سبب استباحة الوطي ورفع الحرمة الواقعة للملك فلا يكون الا بالقول
فكان الجماع قبل الرجعة حراما كالجماع قبل النكاح هذا اذا كان الفعل من الرجل فان كان من المراة بان نظرت
الى فرجه او قبلته فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون رجعة وعليه الفتوى وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يكون رجعة
الا اذا امكنها الزوج من ذلك ولو قال انت امراتي ونوى به الرجعة قال ابو مقاتل وابو نصر كانت رجعة ولو قال لها
انت عندي فكذلك عند ابن مقاتل كذا في الينابيع وان لم ينو ليس لا يصير مراجعا فاما اذا فعلت ذلك اختلاسا
او فعلت وهو نايم ومكره لا يكون رجعة اجماعا الا اذا دخلت فرجها فرجه وهو نايم يكون رجعة كذا في شرح
الجامع الصغير لقاضي خان وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجعة الا بالقول عند القدرة عليه بناء على ان الرجعة
عنده اثبات الحل فكان بمنزلة النكاح الجديد ولهذا شرط شرايط النكاح سوى الولي كما قال به مالك رحمه الله
واحتج الملكي بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وردت في الرجعة ولنا انها استدامة الملك بلا بقي من الطلاق
عند اعتراض المزيل الحادث الملك فيثبت بالفعل المختص به ولو تزوج مطلقة الرجعي في عدتها وقبلها لا
يصير مراجعا عند ابي حنيفة رحمه الله لان التزوج لغو والوطي بناء عليه وان نوى بذلك ثبت الرجعة وعند محمد رحمه الله

يكون رجعة لان الاقرار على النكاح دليل الامساك والاستبقاء فيكون رجعة واختلفوا في
قول ابي يوسف رحمه الله منهم من قال مع ابي حنيفة ومنهم من قال مع ابي حنيفة رحمه الله ومنهم من قال مع محمد رحمه الله
كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير والرجعة بالقول اولى لانها متفق كذا في المحيط ولو نظر
الى الفرج بدون الشهوة او مسها بدونها لا يكون رجعة وكذا لو لم يصدقها في كونها بشهوة ولكنه
اثبتها ببينة لانها غيب في الوطي في الدبر ليس برجعة وقيل رجعة وبه يفتى ويستحب الاشهاد على
الرجعة تحرزا عن الجحود ونحن لا نوجبه نفي لقول الشافعي رحمه الله في القول القديم وهو قول مالك رحمه الله
ورواية عن احمد كذا في العيني فانه يجب الاشهاد فيها لان الله تعالى قال عقيب ذكر الرجعة واشهدوا ذوي
عدل منكم والامر للوجوب ولنا اطلاق النصوص لدلالته على الرجعة عن الاشهاد وهو قوله فامسكوهن
بمعروف وقال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا ولانه استدامة
النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقا كما في الفيء في الايلاء ولانه تصرف في الرجعة في خالص حقه
فلا يتوقف على علم الغير وما تلاه محمول على الاستحباب لانه ادنى درجة الامر لانه مذكور بعد ذكر المفارقة
وهو قوله تعالى او فارقوهن بمعروف والاشهاد ليس بشرط في المفارقة فكذا في الرجعة ونحن نمنعنا
من السفر بها اى بمطلقة الرجعي يشهد الزوج على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح
ولهذا له وطيها ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والاية نزلت في حق المطلقة بدلالة
السياق وهو قوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء قيد بالرجعة لان السفر بالمبانة حرام اجماعا
ولو ادعى الزوج الرجعة فقال راجعتك بعد انقضائها اى العدة فان صدقته في دعواه فهي
امراته والا اى وان لم تصدقه بل كذبته فالقول قولها بغير يمين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا مع اليمين
وهذا من الاشياء الستة التي لا يستحلف فيها عنده ويستحلف عندهما كما سيأتي بيانها ان شاء الله تعالى
في الدعوى ولو قال الزوج راجعتك اى انشاء الرجعة واجابته المراة مجيبة له انقضت عدتي او قال
زوج الامة كنت راجعتك فيها اى في عدتك فصدقه مولاها الزوج وكذبته فالقول قولها مع اليمين عند
ابي حنيفة وزفر رحمهما الله فلم يصح الرجعة عندهما وان نكلت عن اليمين فهي امراته فيهما اى في المسئلتين
فتستحلف المراة بالاجماع هنا لان فائدة النكول هو بذل الامتناع من التزوج والاحتباس في منزل
الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم لو نكلت ثبتت الرجعة بناء على
ثبوت الرجعة بنكولها كذا في التبيين وقال الاصح رجعة ولا يكون اخبارا مبطلا لان قوله راجعتك اثبات
فعل الرجعة بالقول الصريح والظاهر بقاء العدة ولهذا لو قال طلقتك وقالت مجيبة له قد انقضت عدتي

يقع ومحل النزاع ما لو اجابته متصلا بكلامه لانها لو سكتت ساعة ثم اجابته تصح الرجعة اجماعا لهما
في المسئلة الاولى ان عدتها باقية الى ان تخبر بانقضائها رجعية سبقت اخبارها فيصح ولا يقبل اخبارها
لانها متهمة ولهذا لو قال طلقتك فقالت مجيبة له انقضت عدتي يقع الطلاق وله ان قوله راجعتك
انشاء وقولها انقضت عدتي اخبار فيقتضي سبق المخبر عنه فيقبل قولها لانها امينة في اخبار رحمها و
مسئلة الطلاق على الخلاف ايضا ولئن سلم انها وفاقية فالطلاق يقع باقراره بعد انقضاء العدة والمراجعة
لا تثبت كذا في الكافي ولهما في الثانية ان القول قول المولى والزوج فالرجعة جائزة لانه ملك منفعة بضعها
امته فيقبل اقراره فيها كما لو اقر بنكاحها وله ما مر من الدليل الاول ولو كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى
عندهما وكذا عنده في الصحيح لانه بتكذيبه صارت منقضية العدة في الحال وظهر ملك المتعة فلم تقبل
قولها في ابطاله وفي الينابيع فهو على الخلاف وقال بعض اصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى
والامة بخلاف مسئلة المتن لان المولى بالتصديق في الرجعة قد اقر بقيام العدة عند الرجعة فلم
يظهر ملكه بالعدة واذا انقطع الدم اي دم الحيض في الحيضة الثالثة لعشرة ايام تحل قطعنا الرجعة
بدون غسل وقال زفر رحمه الله لا ينقطع ما لم تغتسل وهو قول الثلثة كذا في العيون لاطلاق قوله عليه السلام
الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل ولنا ان الحيض لا يكون اكثر من عشرة فاذا تمت خرجت عن الحيض بيقين
وانقضت عدتها ضرورة هذا الخلاف في المسلمة واما في الكتابية فتنقطع الرجعة بلا غسل اجماعا لانها
غير مخاطبة بالشرايع وان انقطع لاقل من عشرة لم تنقطع الرجعة الا بالغسل لان الايام ايام الحيض والدم
ممكن العود فلا بد من ان يتقوى باغتسالها او بمضي وقت الصلوة فاذا انقطع لاقل منها كما ينقطع بالاغتسال
ينقطع بمضي اقرب اوقات الصلوة اليها بحيث تجب الصلوة في ذمتها بان تجد بعد الانقطاع من الوقت ما يسع
الاغتسال والتحريمة وعند زفر رحمه الله لا ينقطع الا بالاغتسال كذا في الحقايق او انقطع الرجعة بالتيمم مع الصلوة
نافلة كانت او مكتوبة اذا لم تجد الماء للاغتسال وقيل ينقطع بالشروع في الصلوة لانها في حكم الطاهرات
والصحيح انها انما ينقطع بعد الفراغ ليتعذر الحكم بجواز الصلوة الاخرى انها ان رات الماء في الصلوة
بطل تيممها وان رات بعد الفراغ لا يبطل وقطعها محمد رحمه الله الرجعة بالتيمم وهو قول الثلثة وزفر رحمه الله
كذا في العيون وحده لان التيمم نزل منزلة الاغتسال في التطهير ولهذا حل به الصلوة وقالا لا تنقطع
لانه تلويث حقيقة وانما جعل طهارة مطلقة لصلوة لضرورة ان لا يتضاعف الواجبات على المكلف اذا امتد
عدم الماء وجعل ايضا طهارة فيما يتعلق بها من مس المصحف وقراءة والرجعة ليست من توابعها فلا تجعل
طهارة في حقها ولو نسيت المعتدة في الاغتسال عن الحيضة الثالثة فيما دون العشرة عضوا كاملا

١٢٦

فصاعدا لم تنقطع الرجعة لان العضو الكامل لا تغفل عنه في الاغتسال ولا يتسارع اليه الجفاف
فكان عدم وصول الماء اليه متعينا واما اذا نسيت ما دون عضو فينقطع الرجعة وكان القياس ان لا
ينقطع فيه ايضا لان بقاء العضو كبقاء الكل لكن قلنا ما دون العضو يحتمل ان يتسارع اليه
الجفاف لقلته فحكمنا بانقطاع الرجعة استحسانا اخذا بالاحتياط ولهذا لا يحل لها التزوج حتى
يغتسل ذلك الموضع وقال يعقوب ابو يوسف رحمه الله الرجعة بترك المضمضة والاستنشاق اي بترك معتدة
انقطع دمها من الحيضة الثالثة لاقل من عشرة ايام لان تركهما كترك عضو كامل وخالفه محمد رحمه الله
ابا يوسف رحمه الله وقال لا ينقطع احتياطا لان غسلهما في الغسل سنة عند بعض ولكن لا تتزوج بزوج اخر
احتياطا ولو علق الطلاق بجماعها وقال ان جامعتك فانت طالق فجامعها فلبث فيه ساعة ثم اتم جماعه
تجعله ابو يوسف رحمه الله الزوج مراجعا لان الجماع حصل بالايلاج ولهذا يجب الغسل ويحصل به التحليل
للزوج الاول باللبث فيصار مراجعا لان البقاء عليه كالابتداء واوقعها محمد رحمه الله الرجعة على المعاودة
على الادخال والاخراج لان الادخال وحده مرة وهو فعل واحد ولهذا لو كان بالشبهة لا يجب باللبث
فيه عقر اخر لا حد كذلك لو كان المعلق بالجماع ثلثا اي ثلث طلقات فلبث فيه يلزمه ابو يوسف رحمه الله
الزوج العقر اي باللبث لان الحرمة تثبت بالادخال واللبث فيصار واطئا للمبانة فيجب عليه
مهر المثل لكن الحد سقط عنه بشبهة اتحاد الفعل وخالفه محمد رحمه الله ابا يوسف رحمه الله وقال لا عقر عليه لان
المجموع فعل واحد فلم يكن اللبث فيه وطئا بعد الحرمة وتتزين المطلقة الرجعي لانها حلال لبعلها والتزين
يدعوه الى الرجعة المستحبة ويستحب للزوج لو لم يقصد الرجعة ان لا يدخل عليها الا باعلامها لانه ربما كانها
ربما يقع نظره الى داخل فرجها بشهوة فيصير مراجعا فيطلقها ثانيا فيطول العدة عليها فتتضرر فاذا بينت
اي جعل طلاقها باينا بما دون الثلث تزوجها اي الزوج المبانة في العدة وبعدها لبقاء الحل فان زواله
انما يكون بالطلقة الثالثة ولا لغير زوجها فلم تحل له ان يزوجها في العدة فلا اشتباه للنسب وان بينت بثلث
اي بثلث طلقات في الحرة وثنتين في الامة لم تحل للزوج وطؤها بنكاحها حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا
ويدخل بها ثم تبين منه اي من الزوج الثاني او يموت عنها فدخول الثاني شرط عند الجمهور وعند سعيد
بن المسيب لا يشترط وطئ الثاني بل يكفي مجرد النكاح استدلالا بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وهو قول
بشر بن غياث المريسي ولنا حديث عسيلة وهو حديث مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب فيكون التحليل
بدون الوطئ مخالفا للحديث المشهور حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ كذا ذكره صدر الشريعة وقال
صدر الشهيد من افتى بالحل قبل الدخول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين وقد صح ان سعيد

يرجع من هذا القول كذا ذكره البزازي فيل في القران اشارة الى ذكر الدخول فانه اضاف فعل النكاح
الى الزوج واليها اما اليها فظاهر واما اليه فلانه وصف الزوجية يستغني عن النكاح فيقتضي فعل النكاح
بعد الزوجية وذلك هو الوطي ولان المقصود منع الزوج من استكثار الطلاق وذلك لا يحصل
بمجرد العقد بل انما يحصل بالدخول ففيه مغايظة الزوج ودخول الثاني مباح مبغض عند الزوج
الاول كما ان الاستكثار من الطلاق مبغض شرعا فيكون الجزاء بحسب العمل ولان فيه حملا للكلام على
الافادة لانه لو حمل على العقد وهو مستفاد من طلاق اسم الزوج على الثاني يكون اعادة والاصل
في الطلاق الافادة كذا في الهداية ولانه لو حمل النكاح على الوطي يكون في الكلام مجاز واحد وهو في اسناد
الوطي اليها والزوج والنكاح على الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان مجاز في لفظ النكاح ومجاز
في الزوج والاولى انه الحديث المشهور فيما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته ثلثا
فتزوجت بزوج آخر لم تحل للاول حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها وعن عائشة رضي الله عنها
ان النبي عليه السلام فسر العسيلة بالجماع وفي الاجناس لو اخبرت بان الثاني دخل بها وكذبها الاول فيه تحل له
فان انكرت دخول الثاني واقر به الاول فلا تحل له وتحل بوطي المراهق الذي هو قريب الى البلوغ ويتحرك آلته
وتشتهي خلافا لمالك كذا في العيون فان شرط الانزال وان تزوجت من عبد بلا اذن سيده فوطئها ثم اذن السيد
وطلقها قبل الدخول بعد الاذن لا تحل للاول بلا دخول بعد الاجازة وقال بعض المشايخ ان لم يكن آلة الصغير
منتهضا في حق المرأة لا تحل للاول كذا في البزازية وفي الحيل لو خافت المرأة ان تظهر امرها في التحليل وهبت
لبعض من يثق به ثمن عبد فيشتري بذلك مراهقا فتزوجه بشاهدين ويدخل الغلام بها ثم يهب مشتري العبد
من المرأة فيبطل النكاح ثم بعث العبد الى بلد آخر ولا يظهر امرها كذا في الخزانة وكذا يحل وطي الخصي لوجود
الوطي في النكاح الصحيح لوجود اللذة فيهما من الطرفين والشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع
لو اولج ذكره بمساعدة يده لا تحل المرأة للزوج الاول كذا في الفتاوى الوبري والمرأة المفضاة بعد الدخول
اذا حبلت تعلم ان الوقاع وجد في قبلها لا وطي المولى اي لا يحل وطي المولى امته لزوجها بعد طلاقها ثنتين
لان المولى ليس بزوج وهو الشرط بالنص والامة المنكوحة اذا حرمت حرمة غليظة لا يحل على الزوج
وطيها حتى تزوج زوجا غيره وان اشترى الزوج كذا في الفتاوى وان اشترطاه اي الزوج الثاني والمرأة
التحليل بالقول فالنكاح مكروه ويحلل عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله كذا في الخزانة فان شرط
جاز ان حتى اذا لم يطلقها بعد ما جامعها يجبر عليه وعندنا النكاح جائز والشرط باطل كذا في الخزانة ولو لم يشترطا
بقول فقصد احلت للاول اجماعا الا عند مالك ولهم كذا في العيون الصحيح قوله كذا في الحقايق لقوله عليه السلام

لعن الله المحلل وهذا يقتضي صحة النكاح والحل للاول والكراهة قيل انما لعنه النبي عليه السلام لانه
اعارة التيس في الوطي لغرض الغير وهتك للحمية ولهذا قال عليه السلام هو التيس المستعار وانما كان مستعارا
اذا سبق التماس من الزوج الاول وهو محمل الحديث واما من طلب الحل من طريقه فلا يستوجب اللعنة
وكذا الزوج الثاني لا يستحق اللعنة اذا كان قصده الاصلاح بل يكون ماجورا فيه كما قال في النوري قال
بعض المشايخ ان تزوجها ليحللها للاول فهو ماجور لانه فعل مباح في نفسه نوى به التحليل للاول قال في البرازية
قوله عليه السلام لعن المحلل والمحلل له محمول بالانفراد كقوله احللت لك بنتي او اختي وما اشبه ذلك لان
الاحلال فيه يضاف اليه خاصة وهو منتسب الى الشرع ولو خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فتقول زوجتك نفسي
على ان امري بيدك اطلق نفسي كما اريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر بيدها كذا ذكره الامام
التمرتاشي كذا في النهاية وحكم ابو يوسف رحمه الله بفساده اي بفساد النكاح المشروط فيه التحليل فلا يحل
للاول وهو قول مالك ولمحمد والشافعي رحمهما الله في المتيم كذا في العيون لان هذا في معنى شرط التوقيت
فيكون في معنى المتعة فيبطل وحكم محمد رحمه الله بالصحة اي بصحة النكاح وبنفي الحل وهو احدى الروايتين
عن ابي يوسف رحمه الله لانه استعجل بما هو مؤخر شرعا فيعاقب بحرمان مقصوده كالوارث القاتل مورثه
ويهدم الزوج الثاني ما دون الطلقات الثلث في الحرة من طلقة او طلقتين وطلقة واحدة في الامة
فتزوجت باخر وابانت منه وعادت الى الزوج الاول فيملك لها الطلقات الثلث فلا يحرم عليه الا بثلث
طلقات واقعة منه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم ومحمد وابن مسعود
رضي الله عنهم كما يهدمها المبانة بثلث طلقات اذا تزوجت باخر وابانت منه فعاد الى الاول فيملكها بثلث طلقات
اجماعا وحكم محمد رحمه الله بعودها بما بقي من طلقاتها وهو قول زفر وقول الثلث رحمهم الله كذا في العيون ولا يهدم
الزوج الثاني الا الثلث وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن الحصين وابي هريرة رضي الله عنهم فالحرة
اذا طلقت بطلقة واحدة تعود بعد الثاني الى الاول بطلقتين ولو كانت بثنتين تعود بواحدة فالامة تعود
بطلقة واحدة لان الزوج الثاني غاية للحرمة الثانية لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
فلم يثبت تلك الحرمة بالطلاق والطلقتين فكيف يرجعها الثاني فلا يكون الزوج الثاني غاية لها لان غاية الحرمة
قبل وجودها محال فيملكها الاول ما بقي من الطلقات كما لو تزوجها الثاني ولنا ان النبي عليه السلام لما سمى
الزوج محللا في قوله لعن الله المحلل وهو من ثبت له الحل فالزوج الثاني يكون سببا للحل الجديد قبل الثلث
كما ثبته بعد الثلث فان المحلل كما يثبت اصل الحل ويثبت وصفه ايضا وهو التمليك في المحال لا تثبت الحرمة كاملة
بالطلقة والطلقتين وكلمة حتى هنا ليست للغاية حقيقة لان المنهي متعذر في نفسه عند الغاية ...

منا لم يتقرر بالزوج الثاني الحل ارتفعت فعلم انه رافع وجاعل المطلقة والمطلقتين ثلثا كانها لم تطلق وصار

اجنبية فجاز ان يجعل الطلقة شيئين كذلك واذا طلقها ثلثا فادعت انقضاء العدة منه اى من الزوج

الاول ومن المحلل مع احتمال المدة سياتى بيانها فى فصل العدة ان شاء الله تعالى وغلبت ظنه اى ظن الاول ان

يصدقها جاز نكاحها لان النكاح ان كان من المعاملات فخبر الواحد فيها مقبول كما فى الوكالات والاذن

فى التجارات وان كان امرا دينيا يتعلق الحل بخبره مقبول ايضا كما لو اخبرت بطهارة شيء ولو انكرت

دخول الثانى بعد اقرارها لا يصدق ولو اقرت تحللها ثم انكرت دخول الثانى ان كانت عالمة بشرايط

الحل الاول لم تصدق والا فصدق ومدة احتمال العدة شهران وعندهما اثنان وثلثون يوما وعند

مالك اربعون وعند محمد تسعة وعشرون يوما كذا فى العيون لانه لابد من ثلث حيض وطهرين واقل الحيض

ثلثة واقل الطهر خمسة عشر يوما وحيلة اسقاط العدة من الزوج الثانى ما ذكر فى نصاب الاستر شئتى ان الزوج

الثانى لو طلقها بعد الوطى ثم تزوجها ثانيا وهى فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل

انقضاء العدة الاولى يعتبر هذا النكاح فلو قضى القاضى بصحته نفذ قضاؤه لان للاجتهاد فيه مساغا

وهو قول ابى يوسف رحمه الله على قول زفر وان فى بها انه يسقط العدة الاولى فيجب فى ذلك العدة يسقط الرجعة

فكذا النكاح لان فى النكاح الثانى الرجعة والزيادة كذا فى مجمع الفتاوى

فى الايلاء وهو فى اللغة اليمين وفى الشريعة هو حلف على ترك وطى المنكوحة على اربعة اشهر او اكثر وعند

الثلث لابد من اكثر كذا فى العيون وفى التحريمات التى تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق و

الايلاء واللعان والظهار وبدا بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج فى وقته ثم ادنى درجته فى

الاباحة الايلاء من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم بمنع حق الزوجة فكان ادنى منه فى الاباحة

والفاظها الصريحة والله لا اجامعك لا اقربك لا اطاك وبعض الكنايات ايضا منها كالقربان والوطى

والافتضاض ان كانت بكرا والاغتسال من جنابتها جرى مجرى الصريحة فلا يحتاج الى النية ولا يصدق

فى القضاء وان قال لم ارد به الجماع ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى الينابيع ومثل لا امسك لا اتيك

لا ادخل بك لا اغشاك لا اجمع راسى مع راسك لا ابيت معك على فراش لا اضاجعك لا اقرب فراشك لا يكون

الزوج بها موليا الا بالنية ويصدق قوله ان قال لم انو به الجماع فتنعقد الجماع الايلاء بكل لفظ تنعقد

بها اليمين كقوله والله وبالله وتالله وجلال الله وعظمة الله وكبريائه وساير الالفاظ التى تنعقد بها اليمين

ولا ينعقد بكل لفظ لا ينعقد بها اليمين كقوله تعالى وعلم الله وغضبه وسخط الله وغير ذلك مما لا ينعقد اليمين

اذا قال الزوج لزوجته والله لا اقربك ابدا او لا اقربك اربعة اشهر كان موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم

تربص اربعة اشهر الاية فان حلف على اقل منها لا يكون موليا وقال ابن ابى ليلى يكون موليا ان تركه

وطيها اربعة اشهر لان الايلاء يمين فتنعقد باربعة اشهر وهذا يقول ابو حنيفة رحمه الله فى الابتداء

فلما بلغ قول ابن عباس رضى الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع وقال لا ايلاء فيما دون اربعة

اشهر فلو قال لا اقربك شهرين وشهرين بعد شهرين ايلاء بالاجماع ولو سكت يوما ثم قال شهرين

بعد شهرين الاولين لا يكون موليا بالاجماع كذا فى العيون فان قربها فيها اى فى المدة المذكورة حنث

وكفر ليمينه وسقط الايلاء لان اليمين ارتفعت بالحنث والا اى وان لم يقربها بانت بتطليقة

باينة وهو قول مالك رحمه الله ايضا عند مضى المدة وهى اربعة اشهر ونحن لا نوقع اى وقوع الطلاق فى

الايلاء على تفريق الحاكم وقال الشافعى رحمه الله لا تبين بمضى المدة الا بحكم الحاكم بتسريحها وهو قول كل

واحد منهم ان فى ولهذا لا يفرق ولكن يضيق عليه حتى يفى او يطلق وتفريقه تطليقة رجعية كذا فى العيون

فان ابى الزوج يفرقها الحاكم كما فى العنين لان الله تعالى قال فى حق المولين فان عزموا الطلاق الاية

ولو كان الطلاق واقعا بمضى المدة لم يتصور العزم منهم على الطلاق ولنا انه ظلمها بمنع حقها فان

المراة مستحقة لوطى مرة ديانة وان لم يكن مستحقة قضاء بعد وطى مرة فجزاه الشرع بزوال نعمة

النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضى الله عنهم

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا فى الجاهلية حالا فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء هذه المدة وروى

عن النبى عليه السلام عزم الطلاق للمولى مضى اربعة اشهر وانما اضيف الى الزوج لكونه سببا فلا يحتاج

الى القضاء الخاص فمعنى الاية ان عزموا ان يصير الايلاء طلاقا فان الله سميع عليم بالعزيمة فان قيد

الزوج يمينه بالمدة بان حلف على اربعة اشهر سقطت يمينه بمضى وقتها ولزم ما لزم وان تابد بان لم يقيد

بمدة سواء ذكر لفظ الابد او لا بان قال والله لا اقربك او لا اقربك ابدا فبانت بمضى المدة فتزوجها

ثانيا عاد الايلاء بتزوجها فى رواية الكرخى لان اليمين المطلقة لا يحل الا بالحنث ولم يوجد

فيبقت كما كان وذكر فى المحيط والتحفة وهو رواية ابى سهيل لا تبقى بمضى المدة اذا مضت اربعة

اخرى وهى فى العدة وقعت البينونة الاخرى بلا تزوج كما لو ابانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة

الايلاء وهى فى العدة يقع اخرى والاصح ما ذكر فى المتن وقد نص شمس الائمة على ان الصحيح ما قاله

الكرخى رحمه الله لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وليس للمبانة حق فى الجماع فلا يكون الزوج ظالما

بخلاف لو ابانها بتنجيز الطلاق لان الايلاء بمنزلة التعليق بمضى المدة والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون

الثلث فان قربها فعليه الكفارة والا اى وان لم يقربها بانت باخرى لانه بالتزوج ثبت حقها فى الجماع

فيتحقق الظلم فعوقب بوقوع الطلاق بمضي المدة المعهودة ومدة هذا الايلاء معتبرة من وقت
التزوج ان كان تزوجها بعد العدة ومعتبرة من الطلاق الاول لو كان تزوجها فيها وان تزوجها
ثالثا عاد الايلاء فان قربها كفر وان لم يقربها بانت بمضي المدة لما قلنا فان عادت الى الزوج الاول
بعد تزوج زوج اخر بعد طلقات الثلث فلو وطيها كفر لبقاء اليمين في حقها فيفصل ان كان الحلف
بغير طلاق لانها بقي الحلف ولو كان بطلاقها لا يبقى لان تنجيز الثلث تبطل التعليق ونحن ابطلنا
ايلاءه باقية اي ايلاء زوج الاولى بعد التزوج بزوج اخر وقال زفر رحمه الله يعود الايلاء لان اليمين
فيصير ظالما بمنع حقها فيثبت حكمها ولنا ان تقدير هذا الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك
فانت طالق ولم يبق اليمين بعد وقوع الثلث في حق الطلاق ولا صحة للتعليق الا باعتبار الطلقات
المملوكة وهي قد استوفيت فبقيت اليمين في حق الكفارة لانها غير موقوفة على الملك حتى لو قال لاجنبية
والله لا اقربك فتزوجها لا يكون موليا وقربها يجب الكفارة وايلاء الذمي بان قال لامراته بالله او بصفة
من صفاته لا اقربك اربعة اشهر منعقدة عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الطلاق دون الكفارة
حتى لو تركها اربعة اشهر بانت بالايلاء ولو قربها لم يلزمه الكفارة وقالا لا ايلاء للذمي لان المولي
من لا يمكن قربان امراته الا بشيء يلزمه والذمي يمكن قربانها من غير لزوم كفارة فلا يكون موليا
وله ان المعتبر في الايلاء لزوم الحنث على تقدير قربانها لا لزوم الكفارة والذمي اهل لليمين ولهذا
يستحلف في الدعاوى ولو اصح يمينه يكرما الحنث لا الكفارة لانها قربة وساترة لذنب الحنث و
الذمي ليس باهل لذلك ما دام على كفره ولو آلى الذمي بالطلاق بان قال ان قربتك فانت طالق او
بالعتاق يصح اتفاقا وان آلى بصوم او صدقة او حج لا يكون ايلاء اجماعا لانها عبادات والكافر فيه
ليس باهل لها ولو حلف الزوج المسلم بطلاق او عتاق او حج او صدقة او صوم بان قال ان قربتك
فزوجتي فلانة طالق او عبدي حر او علي حج او صدقة او صوم كان موليا لان هذه الاجزية
مانعة من الوطي فصار في معنى اليمين بالله وكذا الصوم مطلقا ولو قال علي صوم هذا الشهر
لم يكن موليا لان اليمين تسقط بمضي الشهر ويمكنه القربان من غير لزوم او حلف بصلوة بان قال
ان قربتك فعلي صلوة لم يجعله ابو يوسف رحمه الله الزوج وهو قول ابي حنيفة رحمه الله كذا في الينابيع
موليا لانها مما لا يحلف بها عادة كما لو قال فعلي صلوة الجنازة وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال
يصير موليا لان الصلوة مما يلتزم بالنذر كالصوم والصدقة وان كان مما لا يحلف به الناس
ولا يتبذره لا يكون موليا بالاجماع سوار قال ذلك مرسلا او جعل غاية مثل ان يقول ان قربتك

فعلي قتل عبدي او ضرب فلان او قال والله لا اقربك حتى اقتل عبدي او اضرب فلانا كذا في
الينابيع او ان قربتك فكل عبد سأملكه حر او والله لا اقربك حتى اعتق هذا العبد او اطلق هذه المراة
لم يجعله ابو يوسف رحمه الله موليا لان قربانها ممكن في الاولى بان لا يكون عبدا وفي الثانية بان يعتق
عبده او يطلق امراته فيقربها من حيث يلزمه فصار كما اذا قال لا اقربك حتى يموت فلان وقالا يكون
في المسئلتين موليا لان في المسئلة الاولى ان المولي يحتمل ان يملك عبدا بلا اختيار بان مات مورثه
فترك عبدا فيلزمه من قربانها عتقه فيكون موليا وفي الثانية ان قربها قبل الغاية لزمه الكفارة وان عتق
عبده لاجل قربانها او طلقها يكره بدونه صار كانه لزم بقربانها ضرر وهو الغاية وهو المضاف الى اليمين
فيكون موليا بخلاف قوله حتى يموت فلان لانه على تقدير وجود الغاية لا يلزمه ضرر ولو مات ذلك العبد
سقط الايلاء اتفاقا ولو باعه ثم اشتراه عاد الايلاء من وقت الشراء ان لم يكن جامعها بعد البيع قبل
الشراء ولو قال بما اشتراه لا يصير موليا اجماعا كذا في الحقايق او قال والله لا اقربك حتى اصوم شعبان
والحال انه كان حلفه سوى رجب فهو غير مولي عند ابي حنيفة رحمه الله لان الغاية صوم كل شعبان فاذا ترك
صوم او يوم فيه فات الغاية دونها قبل مضي المدة يرتفع اليمين بلا ايلاء لامكان قربانها في المدة بلا لزوم
شيء ولو قربها قبل الغاية يحنث وخالفه ابو يوسف رحمه الله اباحنيفة رحمه الله وقال يكون موليا ان فاته صوم
اي صوم شعبان لانه قبل فوته كان يحتمل ان يصوم ويوجد الغاية ويكون بارا في يمينه فاذا فات الغاية
صار يمينه مؤبدا لان من اصله ان اليمين ينعقد وان لم يتصور المحلوف عليه كما ذهب اليه اذا حلف
ان يشرب ماء الكوز موقتا فصب فيه وجعل محمد رحمه الله ذلك الحالف موليا في الحال واسقط محمد شرط بصوم
اي بصوم شعبان او صوم بدله بان يصوم شهرا آخر بدلا عنه قبل انقضاء المدة اي مدة الايلاء وان فات
عن صوم او صوم بدله يبقى موليا لان صوم شعبان لا بدل وهو القضاء والبدل يقوم مقامه فلم يمكنه
قربانها الا بانتهائه الصوم شعبان فكان موليا بمنزلة ما لو ذكر مكان شعبان شهرا مطلقا او قال والله
لا اقربك سنة الا يوما لكن جعلنا موليا ان وجدت المدة اي اربعة اشهر بعد قربانها لانه استثنى
اليوم الذي استثناه في بقية السنة مطلقة وان بقي منها لم يكن موليا الا في الحال نفي لقول زفر رحمه الله فانه
قال يكون موليا لان الاستثناء مصروف الى الاخير من السنة كما لو قال اجرتكم هذه الدار سنة الا يوما
او قال في الايلاء سنة الا نقصان يوم ولنا انه استثنى يوما منكرا ولا وجه الى تعيينه فيمكنه قربانها الى يوم
يزيد بلا لزوم شيء فلا يكون موليا وانما صرف في الاجارة الى اخر السنة تصحيحا للعقد فلا حاجة اليه
في اليمين لانها منعقدة مع الجهالة وفي قوله الا نقصان يوم تصرف النقصان الى اخر المدة عملا بالمعروف

او قال ان قربتك فانت على حرام والحال انه ينوى اليمين فهو ايلاء فى الحال عند ابى حنيفة ره و
قال لا ان قربها مرة يصير موليا لانه علق اليمين بقربانها فلا يصير موليا قبله كما لو قال ان قربتك فلله
لا اقربك ولان قربانها لا يمكن الا بالتزام اليمين لان تحريم الحلال يمين فصار كانه ان قربتك فعلى يمين
فيكون موليا فى الحال لان نفس اليمين لا يكون عليه بل موجبها وليس بلازم كما استشهد به لان مراده فيمنع
نفسه عن القربان فى مسئلتنا انه يمنع نفسه عن القربان الاولى ولو نوى الطلاق يكون موليا فى الحال
اتفاقا لانه لا يمكن قربانها فى المدة الا بالطلاق يلزمه كذا فى الحقائق ولو كرر اليمين فى مجلس واحد ثلثا كما لو
قال والله لا اقربك والله لا اقربك بغير نية انه لم ينو بهذا التكرار شيئا او كرر بنية التشديد
والتغليظ على نفسه دون نية التكرار اى تكرار الايلاء فلا يلزم المخالفة بما ذكره فيه وهو قول زفر ايضا لان
المراد بالتكرار هنا تكرار اللفظ وتاكيدا لها الاولى وحكم محمد رحمه الله بتعدد الايلاء حتى اذا مضت اربعة
اشهر ولم يقربها بانت امرأته بتطليقة فاذا مضت ساعة اخرى تبين بتطليقة اخرى وبعد ساعة اخرى بتطليقة
اخرى ثم لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وكاليمين اى كما حكم على تعدد اليمين اتفاقا وانما قيدنا بنية تكرار
الايلاء لانه نوى تكرار اللفظ وتاكيد المعنى كذا فى الكافى فالايلاء واحد وكذا اليمين واحد كذا اجماعا
وان نوى تكرار الايلاء يكون الايلاء ثلثة ايضا كما ذكر المص لان الايمان ثلثة لان الايلاء هو اليمين
على عدم قربانها فاعتبارا بما لو فرق ذلك فى ثلثة مجالس اذ المراد متغاير لان اربعة اشهر ابتداؤها بعد
عن اليمين الاولى فتنقضى قبل اربعة اشهر ابتداؤها بعد الفراغ من اليمين الثانية واربعة اشهر بعد الفراغ من اليمين
الثالثة فتغايرت المدة كما تغايرت المجالس فيتعدد الطلاق بتعدد المدد وهذا هو القياس وكذا استحسانا
ان هذه الايمان متحدة الزمان حكما لاتحاد المجلس لان الشرع اعتبر المجلس الواحد جامعا للمتفرقات والا لا انعقد
عقد من الايجاب والقبول لانهما عرضان لا يبقى احدهما عند وجود الاخر والارتباط لا يكون الا بين موجودين
فكان القبول مقارنا للايجاب حكما فاذا اتحد زمان هذه الايمان حكما كانت الايمان ثلثا فلو قربها يلزمه
ثلث كفارات ويكون الايلاء واحدا حتى لو لم يقربها اربعة اشهر لا تطلق الا واحدة لان الطلاق جزاء
الظلم بترك الفىء فى المدة فلم يوجد ذلك الا مرة واحدة فلا يلزم الجزاء الا واحدا بخلاف تعدد المجالس
الازمنة بانقضاء المدد حقيقة وحكما فتعدد الظلم ونحن نجعل المدة اى مدة الايلاء للامة شهران
وقال الشافعى ره اربعة اشهر وهو قول احمد فى الاكثر كالحرة سواء كان زوجها عبدا او حرا وعند مالك
للعبد شهران كذا فى العيون وهذا مبنى على اصل عنده وهو ان ضرب المدة ضرب لاظهار الظلم المتعلق بحق
فى الجماع والحرة والامة فى ذلك سواء ولنا ان هذه المدة شرعت اصلا للبينونة فكانت مدة العدة وال

مؤثرة فى تنقيص مدة العدة فكذا مؤثرة فى مدة الايلاء والجامع فوات الحل بهما ويصح الايلاء على المطلقة
الرجعية بالاجماع الا فى قول القديم من الشافعى رحمه الله واحمد وعن احمد ومالك رحمهما الله فى غير الغضب وعدم
الاضرار بها كذا فى العيون لان الزوجية باقية بينهما وسقط الايلاء لو انقضت عدتها قبل مضى مدته
لانها من نسائهم بالنص لقوله تعالى وبعولتهن احق فالحكم فى النصوص مضاف الى النص لا الى المعنى
فلا خبر بفقدان الظلم لا المطلقة البائنة اى لا يصح الايلاء عليها وكذا لا الاجنبية لانها بمنزلة
تعليق الطلاق بمضى المدة فلا بد فيه من الملك او من الاضافة اليه كما لو قال ان تزوجتك فوالله
لا اقربك والابانة تقطع الملك ولو آلى منها ثم تزوجها لا يكون موليا لان الكلام وقع باطلا لكنه
لو وطئها كفر لان اليمين لا يقتضى الملك واذا كان احدهما اى الزوج او الزوجة مريضا وقت الايلاء
او الزوج مجبوبا او هى صغيرة او رتقاء كونها نساء لا او بينهما مسافة اربعة اشهر فعجز الزوج
عن جماعها باحد من الاسباب ففاء فى المدة اى مدة الايلاء فقال فئت اليها اى راجعت الى امرأتى و
الحال انه استمر العذر اى يكون عجزه ثابتا من وقت الايلاء الى ان يمضى مدته هذا اذا كان مريضا حين
وقت اربعة اشهر واما اذا كان صحيحا حين آلى وبقى صحيحا بعد ايلائه مقدار ما يقدر فيه على جماعها ثم مرض
بعد ذلك فحينئذ لا يكون الا بالجماع نحن نسقط اى يصح فيئه ويسقط ايلاؤه وقال زفر ره لا يسقط
الا بالجماع وهو مذهب الطحاوى وهو قول الشافعى وعن احمد ان فيئه بقوله لو قدرت على فعلت وعند احمد يقول
فئت متى قدرت جامعتك كذا فى العيون لان الطلاق فى الايلاء لدفع الظلم عنها بمنع حقها وهو الوطء
فلا يكون الفىء باللسان ايفاء لحقها ولهذا لا يحنث به ولنا ما روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قالا
فى المريض باللسان ولان الايلاء انما صار طلاقا دفعا للظلم فيثبت الظلم فى الجملة ولو كان قادرا على الجماع
وقت الايلاء كان ظالما بمنع حقها ولكان فيئه بايفاء حقها ولكنه عاجز عنه ولا حق لها فيه ولهذا لا
مطالبة فلما كان المولى وقت الايلاء عاجزا لم يكن منع جماعها ضاررا وضارة بوعدها لان اليمين ينعقد
يكون بالحنث وانما صار ظالما بذكر المنع باللسان فكان ازالة الظلم بابطال المنع باللسان وعدم تحقق الحنث
بالفىء باللسان لانه غير محلوف عليه فان قدر على الجماع فيها اى فى المدة بعد الفىء لزمه الفىء به اى بالجماع لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف فيبطل كالمتيمم اذا رأى الماء اى ذلك قبل تمام الصلوة ولو كان
المولى لا حرم محرما وبين ايلائه وتمام الحج اربعة اشهر ففاء بالقول نحن ابطلناه وقلنا فيئه غير جائز
حتى اذا امضت المدة ولم يف بالجماع بانت منه وقال زفر ره يجوز فيئه لانه ممنوع عن الجماع شرعا فصار كالممنوع
حسا بالمرض ولنا انه قادر عليه حقيقة والشرط فى جواز الفىء باللسان العجز عنه حقيقة او كان المولى

مريضا ولم يفىء به اى باللسان حتى انقضت مدة الايلاء فبانت ثم صح المريض ادنى مدة وهو يوم او يومان
او ثلثة كذا فى الجامع الصغير ولم يطاها ثم مرض فتزوجها ثم فاء بها اى بالقول فى المدة الثانية يجزيه
ابو يوسف الفىء حتى لو مضت المدة من وقت النكاح الثانى لاتبين لان الايلاء وجد منه وهو مريض
وعاد حكمه وهو مريض وفى زمان الصحة كانت مبانة لاحق لها فى الوطى ولا يعود فيه حكم الايلاء وابطل
محمد رحمه الله الفىء لانه كان قادرا على الفىء بالذكر قبل البينونة فلم يفىء ثم صار فى زمان صحة قادرا على الجماع
ومن قدر على الاصل فى شىء من مدة اليمين بطل الفىء باللسان لان مدة المدة مدة الايلاء والاصح
قول ابى يوسف رحمه الله كذا فى التبيين او قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن لاحديكن نحن قدرنا الايلاء
على واحدة منهن من غير عين وقال زفر رحمه الله يصير موليا منهن جميعا حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب
واحدة منهن بانت كلهن فان قرب احديهن حنث وبقى موليا من البواقى لان قوله احديكن واحدة
منكرة سواء كما لو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا ولنا ان احديكن معرفة
فلا يعم ولهذا لم يصح ان يقال لكل احد على درهم واما واحدة منكن فنكرة فى موضع النفى فيعم ولهذا صح
ان يقال لكل واحد منهن على درهم او قال لا اقربكن نحن جعلناه موليا عليهن جميعا فى الحال حتى لو مضت
اربعة اشهر تبين جميعا ان كانت كلهن حرة او مضى شهران تبين الامتان ان كانت احديهن امة وما ذكرناه هو
الصحيح لان بقاء الايلاء تبتنى على بقاء اليمين ولا بقاء لليمين بعد الحنث ضرورة الا يرى ان لو قرب منهن
من غير شىء يلزمه كذا فى شرح الجامع الصغير ومبسوط شمس الائمة نقل عنهما النص وبالخلاف فى حنث
البر دون الحنث لا على الاربعة بعد وطى الثلثة نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال لا يكون موليا ما لم يطأ ثلثا
وهو القياس لان الحنث انما يقع اذا وطى الكل فقربان الثلث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا عليهن فيصير
على الرابعة قصدا كما اذا قال ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقربك اربعة اشهر ولنا انه قصد الاضرار بهن
بمنع حقهن فيكون موليا عليهن فما لم يوجد وطى جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى
وطى كلهن لا الى الرابعة بخلاف ما قاس عليه لان اليمين معلقة فلا ينعقد ما لم يوجد شرطها ومتى وطى الثلث
والايلاء لكونه بمعنى الحلف يستعمل بعلى دون من او قال لا اقرب احديكما فمضت المدة بانت واحدة بالاجماع
واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احديهن بمجىء الغد وبين قبل الغد ولو بين بعد
الموت حتى انصرف الطلاق اليها ثم مضت اربعة اخرى فعند ابى يوسف رحمه الله تبين امراته الاخرى وقال
بانت واحدة من امراته الاخرى كذا فى الحقايق فاذا مضت مدة اخرى اى اربعة اشهر لا يحكم ابو يوسف رحمه الله
ببينونة اخرى وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما انه لم تزاحمها الاولى بعد مضى المدة تعينت الاخرى

للايلاء كما لو مات احديهما او لو قال انه آلى من احديهما او ليمينه بنكرة حتى تعم لانها مضافة فتعينت الاولى
للايلاء فلا تبين الاخرى ويعتبر النية فى قوله لامراته انت على حرام لانه يحتمل وبناه على المحتمل فاذا
اراد الكذب او الظهار صدق اما الكذب فهو وصف حلاله بالحرمة فكان كذبا حقيقة واما الظهار
فانه يحتمل كلامه لان الظهار فيه حرمة فاذا نوى صح فان نوى الايلاء او لم ينو شيئا فهو ايلاء وباينة لو نوى
الطلاق وثلثة لو نواها ايضا وبه يفتى بالطلاق نواه او لا وعند الشافعى رحمه الله لو نوى طلاقا او ظهارا فكما نوى
وان نوى يمينا او لا فعليه كفارة الا فى قول منه وعند مالك رحمه الله طلاق ثلث فى الموطوءة نواه او لا وواحدة فى غيرها
وعند احمد رحمه الله ظهار نوى او لا وعنه يمين وعنه طلاق كذا فى العينى او نوى الطلاق كان باينا لانه من الفاظ
الكنايات او نوى التحريم او خلا عن نية كان موليا كما لو نواه لان تحريم الحلال يمين وصرفه اى تحريم الحلال
المتأخرون الى الطلاق من غير نية لان الطلاق فى عرف الكل طلاق ولهذا لو نوى غيره لا يصدق قضاء
ولو قال انتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطى كل منهما كذا فى المحيط ولو قال والله
لا اقربكما لا يحنث الا بوطيهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله لا يتحقق الا بقربانهما وفى قوله انتما على
حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما وفى النوازل لو قال الحلال على حرام ان افعل كذا
ففعل فان كان له امراة طلقت به لانه ينصرف الى النساء عرفا وان لم يكن له امراة ثم تزوجها يلزمه الكفارة
لو فعل لانه تعذر صرفه الى المراة فجعل يمينا لانه تحريم الحلال يمين

فصل فى الخلع بضم الخاء

والطلاق على مال والفرق ان ذكر العوض على جهة المعاوضة بالايجاب والقبول يكون عقدا وخلعا ثم الطلاق
بالقبول لتمام العقد به فيكون دينا لانه لا اعواض عليها المال حالا او مؤجلا وان ذكر على وجه التعليق بلفظ
الطلاق كان معلقا على القبول والفرق الاخر اذا كان بطل العوض كان رجعيا وفى الخلع باينا والخلع
وفتحها وهو اللغة القلع والازالة ومنه خلع القميص وخلع الامارة وفى الشريعة ازالة الزوجية بأخذ المال
وهو الحقيقة الشرعية كما ان الطلاق ازالة قيد النكاح وقيل هو استعارة بنيت على استعارة اخرى فان الله تعالى
جعل كلا من الزوجين لباسا لصاحبه بقوله هن لباس لكم وانتم لباس لهن وهذه التسمية استعارة لان كلا منهما
يستر عن صاحبه الفواحش فكان الخلع استعارة اخرى عن خلع ذلك اللباس واذا افتدت المراة نفسها بمال
خلعها عليه اذا خافا ان لا يقيما حدود الله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فيزيل الزوج
نكاحها على ذلك المال فصل بان قال خالعتك وبارأتك او طلقتك على كذا وبايعت نفسك بكذا وقع طلاق باين
لقوله عليه السلام الخلع تطليقة باينة وهو مذهب عمر وعثمان وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ولو قال لم ارد به طلاقا
لا يسمع قضاء لان ذكر المال دليل على قصده ولهذا استغنى فيه عن النية ولذا كان لفظه من الكنايات والخالع

ولم يذكر بدلا او قال لم انو به الطلاق يصدق كذا في الذخيرة ولزمها المال لان الزوج لم يرض بخروج
البضع عن ملكه الا به ولكن لم يجعله اي الخلع فسخا وقال الشافعي رحمه الله انه فسخ لا ينتقص به عدد الطلاق
وهو قول ابن عباس رضي الله عنه وقد روي رجوعه الى قول عامة الصحابة رضي الله عنهم واستدل الشافعي رحمه الله بقوله تعالى
الطلاق مرتان الى قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به الاية فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا
الخلع طلاقا لصارت الطلقات اربعا في هذه الاية ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة
وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم ولنا ما روينا موقوفا وهو ما لا يصل اسناده الى الرسول عليه السلام ومرفوعا
الى رسول الله والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا يرى انه لا ينفسخ بهلاكه قبل التسليم فان
الملك به ضروري لا يظهر الا في حق الاستيفاء والفسخ بعدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في حق الامتناع
من الاتمام وكذلك خيار البلوغ والعتق ويحتمل القطع في الحال فنجعل لفظة الخلع عبارة عن رفع
القيد في الحال مجازا اوذكر بالطلاق واما الاية فقد ذكر فيه التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض وبهذا
لا يصير الطلاق اربعا وفائدة هذا الخلاف انه لو خالعها بعد تطليقتين عندنا لا يحل له حتى تنكح زوجا
غيره وعنده له ان يتزوجها وكذا اذا طلقها في عدة الخلع تطليقة رجعية تقع عندنا وهو يمنعه فان
نوى بالخلع ثلثا فثلث لانه بمنزلة الفاظ الكناية وان نوى ثنتين فهي واحدة بائنة وعلى قول زفر يقع
ثنتين كما في لفظة الحرمة والبينونة كذا في المبسوط فان كان الزوج هو الناشز العاصي كره له اخذ العوض
لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا وان كانت
الزوجة هي ناشزة فانه ياخذ اي كره له ان ياخذ اكثر مما اعطاها من المهر دون النفقة وغيرها لما روي
ان امرأة ثابت بن قيس جاءت اي ارادت الفرقة فقال عليه السلام لها اترضين عليه حديقته قالت نعم وزيادة
فقال عليه السلام اما الزيادة فلا وفي الاية والحديث محمول على الكراهة لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به باطلاقه يعارضه واعلم ان الخلع والطلاق على مال لا يصح الا بقبول المرأة في المجلس حتى لو قامت
من المجلس قبل القبول او اخذت في عمل اخر يدل على الاعراض لا يصح الخلع ويعتبر فيه مجلس المرأة لا مجلس
الزوج حتى لو ذهب الزوج من المجلس ثم قبلت المرأة في مجلسها ذلك صح قبولها ووقع الطلاق ولزم المال فالخلع
من جانبه بمنزلة اليمين لا يملك الرجوع عنه ويجوز تعليقه بالاخطار ومن جانب المرأة بمنزلة المعاوضة بالمال
فيملك الرجوع عن ذلك قبل قبول الزوج ولا يجوز تعليقه بالاخطار كذا في الينابيع او خالع بشرط الخيار له
بان يقول خالعتك على ان لي الخيار ثلثة ايام فقبلت بطل الخيار اتفاقا او بشرط الخيار لها بان قال خالعتك
بكذا على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فهو اي الخيار جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الخلع من جانبه

في معنى تعليق الطلاق بقبول المال وهو يمين ولهذا لا يملك الرجوع بل يبقى معلقا بقبولها فيصح تعليقه
واضافته كما لو قال اذا قدم فلان او جاء غد فقد خالعتك والخيار بعد الانعقاد انما يكون للفسخ واليمين
لا يقبل الفسخ وكذا شرطها وهو القبول من جانبها وله ان الخلع من جانبها تمليك مال بعوض فيراعى
احكام المعاوضات ولهذا يصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها قبله وكون الخيار للفسخ بعد الانعقاد
ممنوع بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم وكونه شرطا ليمين الزوج لا يمنع ان يكون معاوضة في حقها كما
اذا قال ان بعت هذا فهو حر فان البيع شرط لعتق العبد وهو في نفسه معاوضة ويلحق بها اي المطلقة
بالخلع صريح الطلاق في العدة اي عدة الخلع وقال الشافعي رحمه الله لا يلحق وهذا بناء على ان الخلع فسخ عنده
لما مر فلم يبق محل للطلاق كما لو فسخ النكاح بسبب عدم الكفاءة وطلاق عندنا فيلحقه صريح الطلاق وفي
المصفى الطلاق الذي يلحق البائن لا يكون بائنا وان خالعها بعد الطلاق ولو في العدة بان قال لها خالعتك
بعد ابانتها ناويا الطلاق لا يقع كذا في البزازية لان البائن لا يلحق البائن ويلحق الصريح الرجعي واحدة
او ثنتين لان الصريح يلحق البائن ولو طلقها على مال او على الف فقبلت المرأة الطلاق على الالف فيحصل العقد
بقبولها لان العقد لا يجب الا بالقبول فقبول المرأة شرط تمام يمين الزوج فيتم بقبولها فلهذا اليمين عدم احتمال
الفسخ لزمها وبانت لان الزوج يملك العوض فوجب ان تملك هي بضعها تحقيقا للمساواة وان احتمل قوله
طلقتك على الف يكون معناه على ان تقبلين اداءه فكان معلقا بالاداء لا بالقبول فقط لكن ترجح جانب
القبول بدلالة ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء فلو قلنا
يتعلق بالاداء كانت كلمة على للشرط المحض وهو انما كان كذلك في غير المعاوضات كما في قولنا انت طالق
على ان تدخلي الدار فان الدخول شرط محض وان بطل العوض فيه اي في الطلاق على مال والخلع اذا طلق
المسلم امرأته المسلمة المدخول بها على خمر معينة او خنزير معين او على ميتة او دم وقع الطلاق لوجود الشرط
وهو قبولها كان رجعيا في المدخول بها ان لم تكن المطلقة ثالثة وان كان غير مدخول بها او ثالثة
كانت بائنة او بطل العوض في الخلع كان بائنا لان العوض لما بطل في الصورتين عمل صريح الطلاق عمله
وهو رجعي والخلع عمله وهو البينونة وهو من الكناية لانه مشتق من خلعت الخف اذا نزعته وهو مستلزم
قطع وصلة النكاح ولا شيء له اي للزوج على المرأة لان ملك البضع غير متقوم حالة الخروج وان تقوم بدخوله
ملكه بالتزوج لتعظيم الشرع امر البضع ولهذا قالوا لو خالع الاب بنته الصغيرة بمالها يقع الطلاق على الاصح
ولا يلزم المال وقول محمد رحمه الله في الكتاب ابنة الصغيرة بمالها لم يجز يحتمل ان لا يقع الطلاق وفي
واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المنتقى لان [illegible] لان لسان الاب كلسانها [illegible]

الى مال نفسه فان اضاف على مال نفسه يقع الطلاق ويجب المال لان ولاية الاباء متقيدة بالنظر ولا نظر
في هذا العقد هذا مذهب اصحابنا وقال زفر رحمه الله يقع الطلاق بالمهر الذي تزوجها عليها لانه مسمى لا
وقد تعذر التسليم فيجب المهر كما لو خلعها على مال مجهول يلزمها المهر وقلنا انما تعذر ايجاب المسمى تعذر
ايجاب غيره لان الاصل في المنافع ان لا يتقوم لعدم المماثلة كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان قال وما صلح
ما لو كاتب عبده على خمر او خنزير يجب قيمة العبد لان ملك المولى متقوم ولم يرض بزواله مجانا ويجوز الخلع
بما يمهر به في النكاح فيحتمل كل ما جاز ان يكون مهرا يجوز ان يكون بدل الخلع حتى لو خالعها على حيوان موصوف نحو الفرس والبغل
والحمار وغيره فالخلع جائز كما في المهر ولها الوسط ولها الخيار ان شاءت دفعت اليه الوسط وان شاءت
دفعت اليه قيمته على ما ذكرنا في النكاح فيجوز على المكيل والموزون لان ما يصلح عوضا عن المتقوم وهو
تملك البضع اولى ان يصلح عما لا يتقوم وهو زواله وكذا يجوز الخلع بلا مهر كالاقل من العشرة فان قالت
خالعني على ما في يدي والحال انها اي صفرا اي خالية يدها فلا شيء له لانها لم تسم مالا حتى تصير مغرورة
فان كان بلفظ الخلع يكون بائنا وان كان بلفظ الطلاق يكون رجعيا او قالت خالعني على ما في بيتي من مال
ردت المهر اي مهرها عليه لانها سميت مالا فلم يكن الزوج راضيا بزوال الملك الا بعوض وذلك لا يصلح ان يكون قيمة
مهر المثل لان البضع غير متقوم عند الخروج فتعين ايجاب ما اخذته منه دفعا للضرر والغرر او قالت
خالعني على ما في يدي من دراهم لزمها ثلثة لانها اقل الجمع كما لو اقر او اوصى بدراهم وكذا من الدراهم وما كان
ما في بيتها لا يعرف من اي جنس هو تعين ان يكون من للبيان لا للتبعيض كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان
او قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فثلثها اي لزمها ثلث الالف بالاجماع لان الباء تصحب الاعواض
والعوض ينقسم على المعوض فلما طلبت ثلثا بالف صارت طالبة كل طلاق بثلث الف كما لو قال بع هؤلاء
العبيد الثلثة بالف فباع الواحد بثلث الالف يجوز فيكون بمقابلة كل عبد ثلث الالف وعند مالك رحمه الله
لزمها كل الالف وعند محمد رحمه الله يقع الواحدة بغير شيء كذا في العيون كما لو قال لغيره بع هؤلاء العبيد الثلثة
بالف فباع الواحد بثلث الالف يجوز فيكون بمقابلة كل عبد ثلث الالف او قالت طلقني ثلثا على الف فوحد
اي طلقها واحدة فالطلاق رجعي عند ابي حنيفة رحمه الله بغير شيء وقالا الطلاق بائن فتبين بثلثها
اي بثلث الالف وعليها ثلث الالف وهو قول الشافعي رحمه الله كذا في العيون لان على تصحب الاعواض كالباء
ويقال بعتك هذا على الف فيقسم الالف هنا كما ينقسم في البيع وعنده كلمة على للشرط فلا تبين بكل الالف كذا في العيون وله
ان على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله اي بشرط ان لا يشركن بالله فهي ههنا للشرط
لا يحمل على المعاوضة والطلاق قابل للتعليق فيحمل على فيه الشرط بخلاف البيع لانه غير قابل له فجعل على فيه

بمعنى الباء مجازا لاتصال بينهما ولما كان المال غير قابل للتعليق جعل دخوله على المال كدخوله على
الطلاق للاتصال بينهما فصار للشرط ايضا او قال الزوج لامرأته طلقي نفسك ثلثا بالف وعليها او على
الف فوحدت اي طلقت نفسك واحدة لم يقع شيء بالاجماع لانه لم يرض بالبينونة الا بان يسلم له جميع الالف
فلو وقعت واحدة بثلث الالف كان ضررا له بخلاف المسئلة الاولى وهو قولها طلقني على الف حيث يلزمها
الثلث عندهما لانها رضيت بالبينونة بالف فلان يكون راضية بثلث الالف اولى وهذا لو خاطبت المرأة
رجلين فقالت طلقاني على الف فطلق واحد منهما يقع بنصف الالف وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان
ولو قالت لزوجها طلقني ثلثا على ان لك الف درهم وقد طلقها ثنتين من قبل فطلقها واحدة يلزمها الالف
لانها التزمت المال عوضا عن الحرمة الغليظة وقد حصلت او قالت طلقني واحدة بالف فثلث الزوج
اي طلقها ثلثا ولم يذكر الالف فهن واقعات اي يقع الطلقات الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله بغير شيء لانها
سألت واحدة فخالفها فاشتغل بايقاع الثلث فما ذكره لا يصلح ان يكون جوابا لها فكان مبتديا بالطلاق
فلا يجب الالف وقالا ثلثا اي قالا عليها ثلث الالف بازاء الواحدة لانه اجاب سؤالها بايقاع الواحدة
ابتداء بزيادة الباقي قال في شرح تلخيص الجامع وعنده طلقت بازاء الواحدة لان المخاطب بايقاع الواحدة
اذا اوقع الثلث يصير مخالفا فلا يكون مجيبا وعندهما يصير مجيبا عن الواحدة مبتديا بالباقي وفي
الصغرى وعندهما يقع واحدة منها بالف وثنتان بغير شيء فيما ذكره المصنف على الرواية الاخرى كما روي عن ابي يوسف
في الامالي انها ان لم تقبل قول الزوج في الجواب انت طالق بالف وقعت تطليقة بثلث الالف انها سألت
واحدة بالف لا يحتاج الى قبولها في ذلك الا ان الزوج متى قابل الثلث بالف فقد حط ثلثي الالف
جعل بمقابلة كل واحدة ثلث الالف فصار كما لو قالت طلقني واحدة بالف فقال انت طالق واحدة بثلث
الالف وكذا هذا كذا ذكر في شرح تلخيص الجامع ولو اجابها الزوج امرأة في هذه المسئلة بزيادة الالف
من الجواب بانت طالق ثلثا بالف وعليها اي على الف فهو اي وقوع الثلث مع لزوم المال متوقف على
قبولها عند ابي حنيفة رحمه الله فان لم يقبل لا يقع لان ما ذكره لا يصلح جوابا لها فكان ابتداء وعلى قولهما
ان لم يقبل المرأة فهي طالق واحدة بالف لانه جواب في الواحدة المطلوبة ولا يقع الثنتان الباقيتان
لانه ابتداء في حقهما وان قبلت طلقت ثلثا واحدة بالف وثنتان بغير شيء وكان ينبغي ان يقع الثنتان
الباقيتان وان لم تقبل المرأة لانه لم يقابلهما شيء من الالف لان الكل صار مقابلا بالواحدة التي طلبت
فلا حاجة الى قبولها الا انا نقول الثنتان وان لم يقابلهما شيء من الالف لكن الزوج علقهما
بقبولها بالالف فلا يقع بدون قبولها كمن قال لامرأته بعد الخلع انت طالق على الالف لا يقع الا بقبولها

وان لم يلزمها المال لانه لم يقابله بصيغة المقابلة فهو كمن قال لامراته وهي صغيرة انت طالق بالف يتوقف على قبولها وان لم يلزمها مال كذا في الجامع الكبير لقاضيخان والفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة السابقة ان الالف في كلامها تذكر فيما سبقت وذكرت في هذه المسئلة وحكى الكرخي في النوادر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انها ان لم تقبل فهي واحدة بثلث الالف وان قبلت طلقت ثلثا بالف قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله هذا هو الصحيح لان الزوج جعل الالف بازاء الثلث فان لم تقبل وقعت واحدة بثلث الالف وان قبلت وقع الثلث بها او قال الزوج انت طالق وعليك الف فهي طالق عند ابي حنيفة رحمه الله قبلت او لم تقبل بغير شيء اي لا يلزمها شيء واوقفناه على قبولها اي قبلت يقع ويلزمها المال والا فلا لان على للمعاوضة والعطف غير مانع عنه كما اذا قال اعمل هذا العمل ولك درهم او بع هذا ولك الالف ولان الواو للعطف والاصل في الجمل الاستقبال فيتبع بالجملة الاولى طلاق ولا يلزم المال بالثانية بخلاف البيع والاجارة لانهما لا ينفكان عن المال او قال انت طالق على عبدي هذا فقبلت اوقفناه من غير لزوم قيمة وقال زفر رحمه الله يلزمها قيمة العبد لانه سمى الا وقبلت فعجزت عن تسليمه فيلزمها قيمته كما لو سمى عبد الغير ولنا ان وجوب القيمة مبني على صحة التسمية وهنا لم تصح التسمية لان المسمى في يده ملكه وتسليمها اليه غير متصور بخلاف عبد الغير لان تسليمه ممكن عند اجازته ولو قال لها انت طالق اذا اعطيتني الفا او حتى اعطيتني الفا فقبلت لا يقع الطلاق قبل الاعطاء واذا وجد الاعطاء يقع وان لم يكن في ذلك المجلس ولو قال لها ان اعطيتني الفا فانت طالق يتعلق بالاعطاء في المجلس لان قوله ان اعطيتني الفا تعليق صورة المعاوضة وفي المعاوضات يشترط الجواب في المجلس والتعليق لا يقتضي وجود الشرط في المجلس وعملنا بشبهة التمليك في حق الاقتصار على المجلس وعملنا بشبهة التعليق حتى لا يقع الطلاق قبل الاعطاء عملا بهما ولو قال متى اعطيتني الفا وانت طالق فيقع في اي وقت اعطته وكذا قوله اذا اعطيتني كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو اختلعت وهي مريضة على مال يخرج اعتبرناه من الثلث وقال زفر رحمه الله يعتبر بدل الخلع عن جميع المال لان البضع متقوم عند الدخول في الملك ولهذا لو تزوج المريض امراة بمهر مثلها يكون من جميع المال فكذا عند الخروج ولنا انه تبرع لان البضع غير متقوم حال الخروج ثم المسمى انما يعتبر عندنا اذا ماتت بعد انقضاء العدة وان ماتت فيها فللزوج الاقل من الميراث ان كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من ميراثها ومن الثلث والمبارءة بالهمزة وهي ان يقول لامراته برئت من نكاحها بكذا وتقبل هي وهذا احتراز عن دين وجب بسبب اخر فانه

لا يسقط على ما هو على ظاهر الرواية ونفقة العدة لا يسقط الا بالتسمية لانها غير واجبة وقت الخلع والخلع يسقط بها حقوق النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله من الجانبين اي لا يبقى لاحدهما على الاخر دعوى في المهر فالخلع على اربعة اوجه اما ان يسميا شيئا او سميا المهر او بعضه او ما لا اخر فكل وجه على وجهين اما ان يكون المهر مقبوضا او لا وكل وجه على وجهين اما ان يكون قبل الدخول او بعده فان لم يسميا شيئا برئ كل منهما عن الاخر مقبوضا كان او غير مقبوض قبل الدخول او بعده وان سميا المهر ففي المدخول بها ان كان مقبوضا رجع عليها او ان لم يكن مقبوضا سقط وكذا في غير المدخول بها يرجع عليها بنصفه بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشر مهرها والمهر الف مثلا ففي المدخول بها والمهر مقبوض رجع عليها بمائة درهم بالشرط وسلم الباقي لها وان لم يكن مقبوضا سقط كل المهر عنها مائة بالشرط والباقي بالخلع ففي غير مدخول بها يرجع عليها بخمسين بالطلاق قبل الدخول قياسا وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما لان ذلك نصفه وقد برئت عن الباقي بالخلع فان لم يكن المهر مقبوضا سقط كله وان سميا مالا اخر والمهر مقبوض فله المسمى لا غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكان المهر مقبوضا فله المسمى وسلم ما قبضت وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع واما غير الحقوق المتعلقة بغير النكاح كالقرض وغيره فلا يسقط الا بالذكر واسقطهما محمد رحمه الله بالمبارءة والخلع ما سميناه ويوافق ابو يوسف رحمه الله مطلقا ووافق الثاني اي محمد رحمه الله في الثاني اي في الخلع لان المبارءة مفاعلة يقتضي البراءة من الجانبين لكن مرادهما البراءة عن حقوق النكاح واما الخلع فيقتضي البينونة فقط فيعمل في النكاح لا سائر احكامه ولمحمد رحمه الله ان هذا عقد معاوضة فوجب الاقتصار على البدل المشروط كسائر المعاوضات ولهذا لم يسقط نفقة العدة والنفقة مع كونها اضعف من المهر فاذا لم تسقط فالمهر اولى ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع صلح وضع لقطع المنازعة وذا انما يتحقق اذا لم يبق لاحدهما حق يتعلق بالنكاح على الاخر واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والبراءة تسقط والا فلا ونفقة الولد وهي مؤنة الارضاع فلا يقع البراءة عنها ان لم يشترط وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز وان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها كذا في الكفاية

فصل

في الظهار اعلم ان الظهار لغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وشرعا هو عبارة عن تشبيه المنكوحة بالمحرمة على التابيد اتفاقا بنسب او رضاع او صهرية وانما قيدنا بقولنا اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامراته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنة المزني بها فانه لا يكون مظاهرا الا عند من الفقهاء من يقول ان الحرام لا يحرم كذا في شرح الطحاوي

ابي يوسف رحمه الله يكون مظاهرا خلافا لمحمد رحمه الله كذا في شرح المختار وكان طلاقا في الجاهلية فيقرر الشرع
اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة من غير ان يكون مزيلا للملك بيانه في قوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم الاية وسبب نزولها قصة خولة بنت ثعلبة فانها قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء
خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي و
راودني عن نفسي فقلت كلا والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في وفيك
فوقع علي فدفعته بما يدفع به المراة الشيخ الكبير فخرجت الى بعض جيراني فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
واخبرته فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر سنه فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله تعالى ما ارى من سوء
خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال قد انزل الله تعالى فيك
وفي زوجك وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى ايات الظهار ثم قال مريه ان
تصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت
ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق وقلت انا اعينه بعرق ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا
كذا في شرح المبسوط اذا ظاهر من امراته بان شبهها بان قال انت علي كظهر امي او بعضو منها يعبر به عنها اي
يعبر عن ذات المراة كالراس والوجه ونحوهما او شبه جزءا شائعا كنصفها وثلثها بعضو من امراة لا تحل له كتشبيه
فرج امراته بفرج امه يحرم عليه اي على الزوج النظر اليه اي الى ذلك العضو فالجملة صفة عضو فلا يحرم بالتشبيه
باليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر اليها والمس فلا يكون مظاهرا ممن يحرم عليه نكاحها ابدا كالام
والبنت والاخت ونحوها ولو قبل امراة اجنبية او لمسها بشهوة ثم شبه امراته بها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يشبه هذا بوطئها لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها كذا في المحيط فقد حرم
عليه وطئها اي وطي امراته ودواعيه كالقبلة والمعانقة الى ان يكفر عن ظهاره وهذه الحرمة لا ترتفع
بسبب الا بالكفارة حتى لو ارتدت زوجته ولحقت بدار الحرب ثم سبيت واشتراها زوجها او طلقها ثلاثا
ثم تزوجها بعد التحليل لا تحل له وطئها الا بالتكفير لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا الاية فان اقدم على الجماع قبله اي قبل التكفير استغفر الله فلا شيء عليه غير الكفارة
لما روي انه عليه السلام لرجل واقع امراته وقد ظاهر منها استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان عليه شيء اخر
لبينه لثبوت الحاجة الى البيان ونحن لا نعتبر الظهار من الذمي وقال الشافعي رحمه الله يعتبر ظهاره ويلزمه
التكفير بالمال لانه يملك طلاقها فيملك ظهارها ولنا ان الكفارة عبادة ولهذا احتيج فيها الى النية
والذمي ليس اهلا لها ونحن نفسر العود الموجب للكفارة وهو العود المذكور في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا بالعزم

اي عزم المظاهر على وطئها لا بالامساك كما في قول الشافعي رحمه الله فانه فسره بان يمسكها زمانا يمكنه ان يطلقها
حتى لو طلقها عقيب الظهار بلا فصل لا كفارة عليه لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا فاذا امسكها
فقد نقض ظهاره يقال عاد لما قال اي نقضه وعن مالك رحمه الله انه وطي مع استدامة العصمة كذا في العيون
ولنا ان موجب الظهار هو الامتناع عن الوطي ونقضه هو العزم عليه فمعنى قوله تعالى ثم يعودون للتحليل ما حرموا
على حذف المضاف ان قال لامراته انت علي مثل امي او كامي فهذا كناية سئل عن نيته فان نوى الكرامة
اي ان قال اردت انها مكرمة عندي كامي فيكون حسنا ولو حمل على الظهار كان سيئا فيحمل على الكرامة صدق
ولا يلزم شيء لانه محتمل كلامه او نوى الظهار كان ظهارا لانه لو شبهها بظهر الام كان ظهارا فاذا شبهها بجميعها كان
اولى او نوى الطلاق فبائنا اي فكان بائنا لانه شبهها بالام في الحرمة فصار كانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
وان نوى به التحريم ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير انه ايلاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والاصح انه ظهار
عند الكل لان التحريم بالتشبيه ظهار وان لم ينو فليس بشيء لانه يحتمل وجوها فلا يرجح بعضها وجعل محمد رحمه الله
التشبيه الخالي عن النية ظهارا وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد رحمهما الله فلا يكون لغوا وينبغي
ان يكون التشبيه البليغ بان يحذف اداة التشبيه ويقال انت امي على هذا الخلاف وفي قال انت علي حرام كظهر امي
بنية الطلاق او الايلاء فهو ظهار عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو شبهها بعضو من اعضاء الام كان ظهارا فاذا شبهها
بالام كان اولى وقالا يقع ما نوى من الطلاق او الايلاء وهو قول الشافعي رحمه الله في قول كذا في العيون لان قوله
انت علي حرام يحتمل الطلاق والايلاء وقوله كظهر امي تاكيد لتلك الحرمة ولا يتغير به كلامه فيعتبر ما نواه
كما لو قال انت علي حرام كامي وله ان قوله كظهر امي محكم في الظهار لانه صريح فيه فيحمل المحتمل على المحكم فلا يعتبر
غيره كما في صريح الطلاق بخلاف قوله كامي لانه ليس بصريح في الظهار وان نوى ظهارا او لم ينو شيئا فهو ظهار اجماعا
او قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وان الشافعي رحمه الله اوجب اي الكفارة بعددهن
وقال مالك رحمه الله يجب كفارة واحدة لانه ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال والله لا اقربكن وهو ينظر الى جهة الكلام
وسببه واحد ولنا ان الكفارة في الظهار تنظر الى محل الوجوب وهو متعدد فيتعدد انشاء الحرمة فيثبت في
كل واحدة منهن فيتعدد الكفارة بتعددها بخلاف الايلاء لان الكفارة لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو ذكر مرة
ولو ظاهر ثم ارتدا معا واسلما معا او ارتد الزوج وحده ثم اسلم وجدد نكاحها فهو باق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
بطل ظهاره لان الكافر ليس من اهل الظهار وهو بالردة صار كافرا فكما لا ينعقد الظهار بلا اهلية لا يبقى
بعد فوات اهلية انما يعتبر عند انعقاد السبب ليتقرر موجبا وعند اداء الكفارة يصح الاداء لا فيما بينهما و
لهذا الوجه بعدما ظاهر ثم افاق بقي ظهاره ويكفر مظاهر بعتق رقبة اي اعتاق رقبة فان العتق لا ينوب عن الكفارة

الا يرى انه لو ورث اباه او ابنه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها كذا في النهاية سليما عن العيب كاملة الرق
قبل المسيس اي الجماع لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا اما وصف السلامة وكمال الرق فلمستفاد من الاطلاق الرقبة
لان المطلق ينصرف الى الكامل ويستفاد منه جواز عتق الصغير وعبد مالك والكبير والذكر والانثى ونحن
نجيز الكافر والمكاتب الذي لم يود شيئا اي جاز اعتاقهما للكفارة وقال الشافعي رح لا يجوز وهو قول مالك واحمد
كذا في العيني لان الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدوه ولهذا لم يجوز المرتد وان المكاتب يستحق الحرية
بجهة فلا يجوز اعتاقه للكفارة فكان كالمدبر وام الولد ولنا الاطلاق قوله تعالى فتحرير رقبة واما عدم المرتد فلانه
يستحق القتل لو كانت مرتدة جاز والمصروف الى الكفارة مالية دون اعتاقه وكونه عدوا لا يمنع التقرب الى الله تعالى و
لهذا الوند ربا لعتق خرج عن عهدة بعتق الكافر وان الرق في المكاتب المذكور قايم من كل وجه ولهذا كان قابلا
للفسخ فينفسخ في ضمن الاعتاق وتحقيق الاعتاق اعتاق قن خال عن عقد الكتابة وقد وجد دلالة الرضا
بفسخ الكتابة لانه من رضي بحصول العتق بلا بدل كان ارضى بحصول المقصود ببدل ونقصان الملك فيه بيدا
لا يوجب نقصا في رقبة كالماذون في التجارة ولا يجوز المدبر وقال الشافعي رح يجوز كذا في العيني وام الولد بالاجماع
لانهما حرتان من وجه ولهذا لا يجوز عودهما الى الرق ولا يجوز مقطوع اليدين لفوات منفعة البطش عنه ولا مقطوع
ابهاميهما لفوات قوة البطش او مقطوع الرجلين لفوات منفعة المشي عنه فغاية جنس المنفعة كالهالك فانما
ولهذا اوجب الشرع كمال الدية النفس عند فوات جنس المنفعة ولا يجوز المجنون المطبق الذي استغرق جنونه لان الانتفاع
بالاعضاء انما يكون بالعقل ولا يجوز الاعمى كلو اختل المنفعة ولم يفت بالكلية كمن قطع احدى يديه او رجليه
او كان اعور او جن يوما وافاق اخر جاز عتقه للكفارة كذا في العيني ويجوز الاصم لان اصل المنفعة قايم ولهذا لو
صاح عليه يسمع واما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة ونحن اجزنا الخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين
وقال زفر بوائه لا يجوز اعتاقهم لكونهم كالمنفي من وجه لفوات منفعة الايلاد والجمال وكنا ان هاتين المنفعتين
زايدتان ولا يكون الذات بفواتهما كالهالك كما لا يصير بفوات اللحية والحاجب ولو اشترى اباه او ابنه وكذا
كل ذي رحم محرم ملكه بالشرا فينوي الكفارة بشرائه نحن نجيزه وقال الشافعي لا يجوز وهو قول زفر ومالك واحمد
لان له حق العتق عند دخوله في ملكه لا عن جهة الكفارة ولا يجزئه عن الكفارة ولان النية اقترنت بشرط
العتق وهو الشرا لا بالعلة وهي الاعتاق فلا يعتبر كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر ثم اشتراه
ينوي الكفارة لا يجوز وعلى هذا الخلاف في كفارة اليمين كما سياتي ولنا ان شرا القريب يوجب ملكه و
ملكه يوجب عتقه فيكون الشرا علة للملك مع العتق لانه محتاج به وكان المشتري معتقا باختيار الشرا بخلاف
الارث فانه ضروري دخل في ملكه بلا صنعه فانه لا يجوز بالاجماع كمن رمى انسانا عمدا فاصابه خطأ جعل الرمي قاتلا

لان الرامي ادى الى نفوذ وهو ادى الى الموت والشرا فيما اشتهد به شرط محض لا تاثير له في ايجاب الحرية فلهذا لم يجز
اقتران النية به حتى لو نوى الكفارة حين قال ان اشتريتك فانت حر لم يجزه وان اقترن النية بالعلة ولو اعتق الموسر
نصف عبد مشترك بينه وبين اخر للكفارة وضمن الباقي اي قيمة النصف الاخر لشريكه فاعتقه الموسر نصف الباقي
عن الكفارة غير مجزي عند ابي حنيفة رح وقالا يجزيه وهو قول الثلثة كذا في العيني لان الاعتاق لا يتجزى فيا
عتاق الموسر نصيبه عتق كله فلزم ضمان نصيب شريكه فكان معتقا كل العبد عن الكفارة بلا عوض ولابي حنيفة ان الاعتاق
متجز فتمكن نقصان في النصف الاخر حتى خرج من ان يكون محلا للبيع الاخر وبالضمان ملكه ناقصا فلا يجزيه
عن الكفارة ولو كان للعتق معسرا يجب السعاية على العبد في نصيب شريكه فكان اعتاقا بعوض فلا يكون العتق
محضا للكفارة فلا يجزيه عنها بالاجماع او اعتق نصف العبد ثم اعتق نصفه الباقي فهو جايز عند ابي حنيفة
ان لم يتخلل بينهما اي بين الاعتاقين وقاع من المظاهر فيما ظاهر منها استحسانا وكان القياس ان لا يجوز اعتاق
النصف حصل في ملكه من اثار العتق الاول الكفارة وعند الغير مانع كمن اضجع شاة للتضحية فاصاب السكين
عينها فذهبت جاز تضحيتها بخلاف العبد المشترك لان النصف الاخر ليس في ملكه فكان ذلك نقصانا
للاعتاق واجاز مطلقا تخلل بينهما وقاع اولا وهو قول الثلثة كذا في العيني وهذا بناء على اصلهما عندهم
وهو عدم تجزي الاعتاق فاعتاق النصف اعتاق الكل فكان اعتاق الرقبة قبل المسيس ولو حرر نصف عبد
عنها ثم باقيه بلا تخلل وطي صح الا في رواية عن مالك فان لم يجد المظاهر رقبة الاعتاق صام شهرين متتابعين
اي بلا افطار بينهما قبل المسيس اي بلا جماع في خلالهما لقوله تعالى فمن لم يستطع فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا فلو صام شهرين فقدر على الاعتاق في اليوم الاخير قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وصار
صومه تطوعا ثم ان صام شهرين بالاهلة جاز وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا ستون يوما كذا في المحيط
ليس فيهما رمضان اذ لو كان احدهما رمضان لم يوجد تتابع شهرين لان صوم اخر غير مشروع في رمضان ولا الايام
المنهي وهي يوما العيدين وايام التشريق لان الصوم منهي فيهما فان وطيها اي المظاهر امراته التي ظاهر منها
في خلالهما اي في اثناء الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا بين طلوع الفجر الى غروب الشمس ناسيا استانف عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يلزمه وابو يوسف رحمه الله بالاستيناف لان الوطي في الليل عامدا وفي النهار ناسيا
لا يفسد بهما الصوم فلا يمنع التتابع ولهما ان تقديمهما على الوطي شرط بالنص فلا بد من اخلائهما عن الوطي
ولو وطي نهارا عامدا استانف بالاجماع ولو وطي ليلا ناسيا لا يستانف اجماعا ولو وطي نهارا عامدا استانف
ولو وطي في خلال الطعام لا يستانف اجماعا لان النص في الاطعام مطلق وان افطر فيهما اي في الشهرين مطلقا
اي بعذر كان او بغير عذر استقبل اي استانف الصوم لان الشرط وهو التتابع انعدم بالقطع ولا يجزي

للعبد المظاهر الا الصوم لانه ليس بمالك للمال فلا تقبل التمليك حتى لو اعتق المولى او اطعم لم يجز فان لم يستطع المظاهر للصوم اطعم ستين مسكينا كالفطرة فقدر الطعام يكون كقدر صدقة الفطر وهو نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير لان حاجة الفقير بيدفع به او يدفع قيمة ذلك اى قيمة الطعام كما جاز في صدقة الفطر وان غداهم وعشاهم اى اطعمهم مرة في الغداة ومرة في العشي جاز لان النص ورد في الكفارة بالاطعام وهو في الحقيقة التمكين من المطعوم ولابد من الشبع في كل مرة ومن الادام في خبز الشعير والذرة ليتمكن من الشبع ولا كذلك خبز الحنطة وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا غداهم وعشاهم خبز الشعير او سويقا او تمرا جاز والمعتبر فيه الشبع في المرتين لا المقدار حتى لو لم يبلغ ما اشبعهم قدر طعام صدقة يجوز اعتبارا للعادة ولو كان بعضهم شبعان قبل الاكل قيل يجوز لوجود الاطعام وقيل لا يجوز لانعدام الاشباع وانما جمع بين التغدية والتعشية لانه لو غدا ستين او عشا ستين من غيرهم لم يجزه الا ان يعيد على الستين المذكور غداء او عشاء كذا في المحيط وان غداهم او عشاهم مائة وعشرين مسكينا في يوم واحد او غدا واحدا او عشا واحدا مائة وعشرين يوما يجوز كذا في النهاية ولا يلزم على هذا لجواز التغدي والتعشي للصبي العظيم لانه لا يستوفي كاملا لان الشرع جعل الاطعام كفارة بطريق الزجر والامتحان وهذا المعنى لا يتحقق في الصبي العظيم لاعتماد المكفر على عدم تمكنه عن استيفاء الطعام كاملا فلا يتحقق الزجر والامتحان كذا في النهاية وذكر في الكافي ما ورد فيه النص بلفظ الطعام فالاباحة فيه كافية ككفارة الطعام والافطار في رمضان واليمين وجزاء الصيد والفدية وما ورد فيه بلفظ الايتاء والاداء فيشترط فيه التمليك كالزكوة وصدقة الفطر والعشر والحلق عن الاذى في الحرام وان اطعم واحدا ستين مسكينا يوما جاز لان المسكين الواحد في يوم اخر صار كمسكين اخر لتجدد الحاجة وكذا في سائر ايامه فيقوم عدد الايام مقام عدد المساكين وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز كذا في شرح الجامع الصغير واباحته الكل اى اباحة الكل الطعام ستين ودفعها بواحد مسكين في يوم اجزاء عن يومه لان التفريق واجب بالنص فان اطعام ستين لم يوجد فيه حقيقة ولا حكما ولو فرق التمليك اى تمليك كل الطعام مسكينا واحدا في يوم واحد بدفعات قيل بالجواز لتجدد الحاجة لان حاجة الاكل زالت عن المسكين بالمرة الاولى لكن بقيت له حوائج كثيرة بالتمكين تندفع تلك الحوائج بخلاف ما لو اعطاه بدفعة واحدة حيث لا يجوز لان تفريق الفعل واجب عليه بالنص وعدمه بالعطف على الجواز اى قيل بعدم الجواز لان الغرض سد الخلة وبعد ما سدت لا يمكن سدها وهو الصحيح كذا في المحيط ولو قرب ما فيه اى لو قرب المظاهر منها في اثناء الاطعام لم يستانف لان النص لم يشترط في الاطعام ان يكون قبل المسيس وانما قال في الوالجي وجوب تقديمه اى تقديم الاطعام على المسيس لا يجب لما تقدم من ان النص مطلق في الطعام ولنا قوله عليه السلم للذي وطئ امراته قبل الاطعام استغفر الله

ولا تعود حتى يكفر وان اعتق رقبتين عن كفارتين عن الظهارين عن امراة واحدة او امراتين او صام ضعف عدد الايام اى صام اربعة اشهر لهما او اطعم عدد المساكين بان اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز عنهما اى عن الكفارتين من غير تعيين احدى الرقبتين لاحد الكفارتين لان الجنس متحد اذا اعتق رقبة واحدة من غير تعيين او صام شهرين او اطعم ستين مسكينا عنهما اى عن الكفارتين عن ظهار امراتين يجبر فيه اى في تعيينه بعد عتق عنهما عن ايهما شاء لان النية انما يعتبر عند اختلاف الجنس في الجنس وهنا متحد فيلغو نية التعيين عنهما الا انه غير محتاج اليه فصار كانه قال اعتقت عن الظهار فلان يجعل عن احدهما استحسانا كمن عليه قضاء ايام من رمضان كان عليه نية القضاء وليس عليه نية تعيين اليوم وفيه خلاف زفر رحمه الله ذكر في الجامع الصغير فانه قال لا يجوز وهو القياس لانه لما اعتق عن الظهارين فقد اعتق عن كل واحد منهما نصفه ونصف العبد لا يكفي عن الظهار فبطلت نية الظهار فلا يجوز ان يجعل عن احدهما كما لو اعتق عن ظهار وقتل عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وحاصله شمول العدم عند زفر رحمه الله وشمول الجواز عند الشافعي وانما اورد هاتين المسئلتين بصيغة الوفاق نظرا الى وفاق الشافعي رحمه الله لنا ولم يلتفت الى خلاف زفر رحمه الله فيهما كما لم يلتفت الى خلافه عند خلاف الشافعي رحمه الله وان اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما وقال محمد رحمه الله يجوز عنهما وان اطعم عن افطار وظهار اجزاء عنهما بالاجماع لان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة فاذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها اذا نوى اصل الكفارة

فصل

في اللعان وهو في اللغة الطرد يقال لعنه لعنا ولاعنه ملاعنة فهذا يحتاج الى معرفة اهلية اللعان وسببه وصورته وشرطه وحكمه فاهله من كان اهلا للشهادة وسببه قذف الرجل امراته قذفا يوجب الحد في الاجنبية شرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وصورته ما ذكر في الكتاب وحكمه حرمة الوطي اذا قذف امراته بالزنا وهما اى الزوج والزوجة من اهل الشهادة بان يكونا حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في قذف وبالجملة يكونان محصنين والمراد منه اهل لاداء الشهادة وكذلك قلنا لا يجري اللعان بين الزوجين المملوكين او احدهما مملوكا كما سيأتي وقلنا يجري بين الفاسق وامراته لان الفاسق اهل لاداء الشهادة عندنا الا انه لا يقبل في بعض المواضع لتهمة الكذب في هذه الشهادة لانه متهم بتهمة الكذب لانها شرعت في موضع التهمة ولا اشكال في جريان اللعان بين الزوجين الاعميين ذكره الامام قاضيخان انه لا تقبل لهما الشهادة لان الكل من اهل الاداء الا يرى ان القاضي لو قضى بشهادته جاز وينعقد النكاح بحضرته الا انه لا تقبل

في موضع لا يبرء من المشهود له والمشهود عليه وهنا يفتقد ان يمين بين نفسه وبين زوجته فيكون
اهلا لاداء هذه الشهادة ومعنى ان الزوجة تكون ممن يحد قاذفها بان تكون عفيفة مصونة مما قذفت
وانما فسرناه بالعفة لان كونها محدودة او امة او صبية او مجنونة اخرجت بكونها من اهل الشهادة
فيجب ان يكون عفيفة عن الزنا وتهمته بان يكون معها ولد لا يكون له اب معروف حتى لو كانت المراة
ممن لا يحد قاذفها بان زوجت نفسها بنكاح فاسد او صبية او امة او مجنونة ودخل بها ثم افاقت او بلغت
او اعتقت ولا يدخل بها بعده او زوجت بكرا او قذفها قبل الدخول بها او الزوج المحصن بالتزوج
باخر ولم يدخل بها يكون اهلا لها فلا حد ولا لعان بينهما اذا قذفها الزوج المحصن لعدم احصانها
وعدم عفتها لا يظهر فائدة التخصيص بهذا القيد فلو قذف الزوج امراته ومعها ولد لا يعرف
له اب وامراة نفى ولدها فلوعن بينهما قبلها او قذف مسلمة زنت في نصرانيتها لا تحد لان احصان المقذوف
شرط لوجوب الحد على القاذف ومن تزوج امراة من هذا النساء فقذفها لا حد ولا لعان لعدم شرط
وجود الاحصان وذكر في النهاية وانما اعتبر هذا القيد في جانبها وكونها ممن يحد قاذفها معتبر
في جانبها ايضا حتى ان الرجل اذا كان ممن يحد قاذفه لا يجري اللعان ايضا لان اللعان في حقه قائم
مقام حد القذف بالنسبة اليها حتى لو قذف امراته مرارا فعليه لعان كما يحد في حق الاجنبيات حتى لا تقبل
شهادته عليها وان قبل على غيرها فلا بد من احصانها فلا يعتبر قذفه موجبا شيئا لا حد القذف
ولا اللعان واما قذف الرجل عند عدم احصان الرجل فموجبه ما هو الاصل وهو حد القذف فيمنع
اللعان خلفا عنه في حق الزوج فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط
كون الرجل ممن يحد قاذفه ويمنع اللعان خلفا عنه فالزوج اذا كان ممن لا يحد قاذفه فقذف امراته
وهي محصنة لم يكن موجبا اللعان لكنه موجب لما هو اصل اللعان وهو حد القذف كذا في النهاية وذكر في
التبيين هذا خطاء فاحش لان من شرط اللعان ان يكون من اهل الشهادة وكونه ممن لا يحد
قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه يكون زانيا وزناه فسق منه والفاسق اهل لها
ولهذا يجري اللعان بين فاسقين هذا كلامه والخطأ منه غير خفي لان اللعان يقوم مقام حد القذف في
حق الرجل حتى لو كانت المحدودة في قذف عفيفة يحد زوجها فيكون الزنا المخصوص لعنا للحد وان
كان فاسقا مخصوصا ويقوم مقام حد الزنا في حق المراة كما صرح بها فلو لم يكن المراة ممن يحد قاذفها
فكيف يقوم اللعان في حق اللعان مقام حد القذف فكيف يقوم مقام حد الزنا في حقها فاذا لم يسد الاصل
فلا يتاتى الخلف ولان اللعان شهادة منه فاذا لم يكن المراة عفيفة فكيف تدعي المراة انه كاذب في ان جحد الزنا

او تهمته في الزمان السابق لان الشهادة يظهرها هو خلاف الظاهر فيكون الزنا ظاهرا فلا يمكن الشهادة
منه وقيل ان شرط اللعان ان تطلبه المراة موجب القذف فان لم يكن عفيفة ليس لها ان تطلبه فيها فان كان
مراده ما ذكرت فيها ونعم والا فلا منافاة بين الطلب وعدم العفة والحق ان شرط اللعان اهلية الشهادة
ولا يعتبر العفة في جانبه وفي جانبها شرط اهلية الشهادة والعفة والسر فيه ان اللعان يقوم مقام حد
القذف في جانبه فباعتباره لا يعتبر الا عفة المراة ويقوم مقام حد الزنا في جانبها فلا يعتبر في جانبها
الا العفة ايضا فيعتبر في جانب المقذوف ما يعتبر في حد القذف سواء كان المقذوف رجلا او امراة والقاذف
كيف كان يحد ولما كان اللعان متضمنا لفظ الشهادة في الجانبين شرط فيهما شرط في الشهادة وكذا شرط
في الرجم العفة مع شروط اخر ويسمى المجموع الاحصان بمعنى اخر غير ما ذكر في حد القذف ولو قذفها مرارا يكفي
لعان واحد كما في قذف الاجنبيات فيكفي حد واحد وطالبته بموجبه اي موجب القذف لان ذكر حقها دفع
للعار فلا بد من طلبها فينبغي للقاضي ان يقال لها انصرفي عن هذه الدعوى واتركيها فان اجابته الى ذلك
وانصرفت ثم ندمت عليها واحتصمت اليه ثانيا فلها ذلك وكذا لو سكتت ولا توافقه الامر الى الحاكم حتى
طال الزمان ثم دفعته وطالبته بموجب القذف فان انكر الزوج انه قذفها فعليها ان يقيم البينة لان القذف
بلا دعاء فان ادعى انها صدقت على ما قذفها فانكرت المراة تقبل عليها بشهادة رجل وامراتين فلا شيء عليه لا عن
جواب اذ ونحن نجعل اي اللعان شهادات يوكد بالايمان مقرونة باللعان قائمة مقام حد القذف في حق
الزوج ومقام حد الزنا في حق المراة لا بالعكس نفي لقول الشافعي فانه قال اللعان ايمان موكدة بالشهادة
وهو قول مالك واحمد بينهما ايمن كما في العيون فيجري بين المسلم وامراة الكتابية وبين الكافر وامراته الكافرة
وبين العبد وامراته لكونهم من اهل اليمين لهم قوله عليه السلام في حق الملاعنة حين اتت بالولد من الزنا لولا
ايمان سبقت لكان لي ولها شان عظيم اي لامرتها بالرجم ولان الفاسق والاعمى من اهل اللعان بالاجماع
ولا شهادة لهما ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم استثنى انفسهم من الشهداء
فيثبت انهم شهداء اذ الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وقوله عليه السلام لولا الايمان لا يمنع كونه
شهادات مقرونة بها والفاسق والاعمى اهل للشهادة وعدم قبول شهادتهما في اكثر المواضع للتهمة وعدم التمييز كما مر
ومنع الشهادة مشروعة في نفي التهمة ولذلك يجري اللعان بين الاعمى وامراته العمياء ويفصل بين نفسه وبين امراته
فان امتنع الزوج عن اللعان حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد لانه بتكذيب نفسه سقط اللعان فوجب الحد
الذي هو الموجب الاصلي هذا اذا لم يطلقها بعد القذف فان طلقها ثم اكذب نفسه فلا حد عليه لانه قذف فكان موجبا
للعان فلا فائدة لثبوت البينونة بينهما فلا يجب الحد لان القذف الواحد لا يوجب الحدين ولما اذا اكذب نفسه بعد اللعان

فانما حد بسبب انه شتمها فى كلمات اللعان الى الزنا واذا لاعن فيبدا الزوج باللعان حتى لو بدا بالمراة ينبغى
ان يامر اعادة اللعان ولو لم يفعل ذلك وفرق بينهما وقعت الفرقة وقد اساء كذا فى الينابيع وجب عليها اللعان
بالنص ايضا فان امتنعت حبست لتلاعن او تصدقه الزوجة زوجها فيسقط اللعان وما وقع فى بعض نسخ القدورى
او تصدقه فتحد اى لا يجب الحد على المراة عندنا لان التصديق ليس باقرار قصدا فيندرئ به الحد فلا يجب وقال الشافعى
يجب الحد ولا يجب وهو قول مالك واحمد كذا فى العيون لان الزوج اوجب عليها الحد بلعانه ولكن كانت بتمكينه من دفعه باللعان
فاذا ابت عنه تحد حد الزنا فان لم يكن الزوج من اهل الشهادة حد لعدم كونه من اهل اللعان بان كان كافرا او عبدا
او محدودا فى قذف وجب عليه الحد لان اللعان اشبه الشرع خلفا عن الحد فلما تعذر اللعان لمعنى من جهته صير الى الاصل
وهو الحد فلا يتصور ان يكون الزوج كافرا وهى مسلمة ولهذا ان كانا كافرين فاسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه
فلا لعان لعدم شرط اللعان وهو الدخول بها بعد الاحصان فيحد فان كانت هى ممن لا يحد قاذفها بان كانت امة او كانت
صبية او مجنونة او كانت بكرا او قذفها قبل الدخول بها والحال ان الزوج هو اهل اللعان فلا حد على الزوج ولا لعان
لان المانع من جهتها كما عرفته ولكن يعزر لالحاق الشين بها حسما لهذا الباب والاصل فى ذلك قوله عليه السلام
اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا
محدودين فى قذف وهو عبد او هى محدودة فتحد الزوج لامتناع اللعان لمعنى من جهته بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين
حيث لا حد عليه وان امتنع من جهته لان قذفه الامة او الكافرة لا يوجب الحد وقذف المحدودة فى قذف يوجب
الحد اذا كانت عفيفة من الزنا لعدم اهليتها للشهادة بالنص ولو شهد عليها الزوج على امراته بالزنا مع ثلثة
من رجال عدول تقبل شهادتهم وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل فلاعن الزوج ويحد الثلثة حد القذف
لان الزوج يلحقه العار والغيظ من فاحشة امراته فيكون متهما فى شهادته فلا تقبل ولنا ان الزوج لا يظهر
الفاحشة فى زوجته غالبا بل يستر ويبتدئ الزوج فى اللعان لانه هو المدعى من وجه لزوجته ولان النبى عليه السلام
بدا به فيقوم لكن القيام ليس لازم بل يكون ابلغ فيقول اربع مرات اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به
من الزنا وفى المرة الخامسة فهى يقول لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتك به فالمذكور فى الهداية وغيره
فيما رميتها بالضمير الغائبة وهو ظاهر الرواية والخطاب هو رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله نظرا الى انه اقطع
للاحتمال وجه ظاهر الرواية ان الضمير الغائب اذا اتصل به الاشارة يقطع الاحتمال ايضا وتقوم المراة وتقول مرة بعد
اى اربع مرات اشهد بالله انه من الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وفى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين
فيما رمانى به من الزنا وانما خص الغضب فى جانبها دون اللعن فى المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن
كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن فيسقط حرمة اللعن كلما يتوهمن فيجترئن على الاقدام لكثرة جرى

اللعن على السنتهن فاقيم الغضب مقام اللعن فى حقهن ليكون رادعة عن الاقدام وتحصل لم توقع الفرقة
بلعانه اى بعد فراغ الزوج من كلمات اللعان حتى لو مات احدهما قبل التفريق توارثا ويقع طلاق الزوج عليها
ويصح ظهاره وايلاؤه وغيرها من الاحكام وقال الشافعى رحمه الله وقعت الفرقة قبل لعانها لان الظاهر انهما لا يتلاعنان
بعد لعانه فينفسخ به النكاح كالارتداد وهو مبنى على ان اللعان فسخ عنده وهو قول ابى يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله
حتى لا فرقة بالتعانهما كما فرغا من لعانهما فتوقف على التفريق الحاكم اى يجب على القاضى تفريقهما لانه لما حرم الوطء
فات الامساك بالمعروف وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بمجرد التعانهما وهو قول مالك واحمد رحمهما الله فى رواية كذا فى العيون
كقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فيقع الفرقة من غير تفريق ولنا ما روى ان النبى عليه السلام فرق
بين هلال وامراته بعد اللعان ولو وقعت الفرقة بمجرد التعانهما لما فرق بينهما وما روى محمول على بيان حرمة
الاستمتاع لا وقوع الفرقة توفيقا بينهما فتثبت الحرمة بينهما فى الحال مع بقاء النكاح فانه لا يرتفع كما
فى حرمة الرضاع والمصاهرة بل يفرق حتى لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه وبه نص محمد رحمه الله فى الاصل فيستقيم
على قول ابى يوسف رحمه الله فلهذا اورد المص بصيغة الوفاق ولو جن احدهما بعد ما فرغ من اللعان فرق القاضى
بينهما ولو تلاعنا ثم غاب فوكل وكيلا بالفرقة فرق بينهما ولو التعنا مرة او مرتين ثم فرق القاضى بينهما
لم يصح التفرقة ولو التعن كل واحد منهما ثلث مرات ثم فرق بينهما وقعت الفرقة ولو التعنا وطلبا من القاضى
ان لا يفرق بينهما فليس له ذلك ويفرق بينهما ولم يفرق بينهما حتى عزل او نصب غيره فليس للثانى ان يفرق بينهما
حتى تلاعنا ثانيا فى قول ابى يوسف رحمه الله وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ان ينفذه ولا يعيد
اللعان كذا فى الينابيع ويكون فى تفريق الحاكم طلقة بائنة كما فى العنين وهو مبنى على اصلهما وهو ان التفريق
تطليق عنده نائب القاضى نيابة من الزوج كما فى العنين واذا اكذب نفسه بعد اللعان حد القاضى لاقراره بوجوب
حد القذف لانه قد وافق المراة فى انها لم تزن لان اللعان شهادة والشاهد اذا كذب نفسه بطل الشهادة فاذا بطل
اللعان وجب الاصل وهو حد القذف او حد لقذف اى لقذف محصنا غيرها او هى حدت لزنا او قذف اخرى
احدهما او وطئت حراما او ارتد احدهما ثم اسلم او جنت المراة كذا فى الينابيع فزال اهلية اللعان عنهما قال الكمال
فى شرح الجامع الصغير فان اكذب الزوج نفسه بعد ذلك او صدقته جاز نكاحها لزوجها ثانيا لان الطلاق تحريم
موقت وانما قيد فى جانبه حد القذف وفى جانبها حد الزنا لان الزنا فى جانبه لا يخرج عن كونه من اهل الشهادة
ولهذا لم يعتبر العفة فى احصانه بخلاف جانبها فانها معتبرة فى عفتها ولهذا تعتبر فى احصانها وحد القذف
معتبر فى اهلية شهادتها دون عفتها الاصل فيه انه متى وجد منهما او من احدهما بعد اللعان ما يمنع من اللعان
قبل ذلك لم تبقيا متلاعنين فيحل له ان يتزوجها مثل الخرس والجنون والزنا فهو على وجهين اما ان لا يكون

يدخل بها الزوج ابتداء وهو ظاهر لانه زنت وهي غير محصنة لعدم الشرط وهو الدخول بالنكاح الصحيح
واما ان يدخل بها بعد حدوث صفة الاحصان لكل منهما او لاحدهما وان وجد قبلها فصورته بان ترتد ولحقت
بدار الحرب ثم تسبى وتقع في ملك رجل فتزني عنده او كانت كافرة حين النكاح فاسلمت او امة ثم اعتقت
او مجنونة ثم افاقت وصارت محصنة او مجنونا او كان الزوج عبدا او افاق او اعتق ولم يقربها بعدما صارت
محصنة او محصنا فقذفها الزوج فانه تلاعن ولا ترجم اذا زنت هذا هو المراد من الكتاب وتوبد
ابو يوسف رحمه الله تحريمها اي جعل تحريمها عليه مؤبدا فلا يحل زوجها وهو قول زفر رحمه الله وقول الثلثة كذا في العيون
فيكون حرمتها كحرمة المصاهرة لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ولهما ان هذا الكلام انما ثبت
للمتلاعنين مادام متلاعنين وبعد اكذابه نفسه لم يبق متلاعنا حقيقة لان الحد يلزم عليه بالرجوع ومن ضرورة
اقامة الحد بطلان اللعان لان الاصل والخلف لا يجتمعان ولا يعتبر بصيغة المجهول قذف الاخرس فلا لعان
ولا حد بالاجماع هذا اذا لم يكن له اشارة مفهومة واذا كانت له اشارة مفهومة يجب اللعان عند الثلثة وعندنا
لا كذا في العيون لانه لا يتعلق بالصريح بل فيه شبهة وكل منهما يندرئ بالشبهات ولا لعان بقذف الاخرس وعند الثلثة
يجب لو كان له اشارة مفهومة ويمكن ان يقرأ ولا يعتبر بصيغة نفي المتكلم مع الغير المعلوم فيكون اشارة
الى الخلاف لكن لم يصرح المص في شرحه وكذا لو قذف الاجنبي الخرساء لا يجب الحد عليه لجواز ان تصدقه
لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها فاقامة الحد مع الشبهة لا يجوز كذا في الكفاية
ويفهم منه ان الخرساء لو قذفت محصنا اشارة لا يجب الحد وان كان القذف بالولد اي بنفي نسب الولد نفى القاضي
نسبه بعد لعانهما وحكم بالتفريق ويقول قطعت نسب هذا الولد بعد قال فرقت بينهما كذا روي عن ابي يوسف رحمه الله
ولو لم يقل القاضي ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا هو الصحيح كذا في المبسوط لانه ليس من ضرورة التفريق
نفي النسب كما بعد موت الولد يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي نسبه كذا في النهاية والحقه القاضي الولد بامه لما روي
ان النبي عليه السلام نفى نسب ولد هلال بن امية عنه بعد قذف امراته بنفي الولد بعدما فرق بينهما باللعان
لا ينتفي نسبه عنه وصورة هذا اللعان يقول الزوج اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد
وتقول المراة اشهد بالله انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من نفي الولد ذكرهما جميعا في اللعان وذكر في التبيين
شرط اللعان بنفي الولد ان يكون العلوق في حال اهليتهما اللعان حتى لو علقت وهي امة او كافرة ثم عتقت
او اسلمت وقذفها بنفي الولد لا يلاعن لان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا يتغير بعده ونافي الحمل لا يلاعن
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا ان اتت لاقل من ستة اشهر لاعن من حين قذف وهو قول الثلثة
الاول لتيقننا بوجود الحمل فصار كنفيه بعد الولادة وله ان في هذا القذف شبهة التعليق فلا يعرف حكمه الا

بما قبله ولو كان علقه بان قال ان كان في بطنك ولد من الزنا لا يكون قذفا لكذا شبهة ونحن لا نوجبه
اي اللعان بنفي الحمل للحال اي حال الحمل وقال الشافعي رحمه الله يجب ولا وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون لان النبي عليه السلام
نفى الولد وقد كان قذفها حاملا وكنا ان الاحكام لا يترتب عليه قبل الولادة للاحتمال والحديث محمول على
انه عرف قيام الحمل بوحي ويحمل على انه لاعن بصريح الزنا امراته حين قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزني بها
فاذا قذفها بالزنا صريحا تلاعنا بالنفي وان قال للامراة زنيت وهذا الحمل منه اي من الزنا تلاعنا لوجود القذف
صريحا ونحن نفينا اي نسب الحمل منه ولا ينفي القاضي عنه النسب لما مر ان الحمل قبل الولادة محتمل وقال ان ينفي
ينتفي بنفيه وهو قولهما وقول مالك رحمه الله كذا في العيون لما مر انه نفى الولد عن هلال واذا نفى الزوج الولد عقيب
الولادة او حال قبول التهنئة وابتياع آلة الولادة صح نفيه لان ما بين الحالتين كحال الولادة عرفا واذا
هنئ بولد منكوحة فسكت يكون قبولا واذا هنئ بولد الامة لا يكون قبولا لان نسبه لم يثبت بلا
دعوة والسكوت ليس بدعوة كذا في النهاية ولاعن وينفي القاضي نسبه او نفى بعده بعدما ذكر من الاوقات
لاعن ويثبت نسبه والتقدير اي تقدير مدة النفي بعد العلم بيوم او سبعة ايام روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله وكذا في
العيون ان لا يصح النفي الا فور الولادة وهو قول الشافعي لكن استحسن ابو حنيفة رحمه الله ان يقدر بيوم او يومين
وفي رواية الحسن عنه مفوض الى راي الحاكم وقالا يقدر بمدة النفاس اي له ان ينفيه الى اربعين يوما لانها كحال الولادة
لكونها اثرا لها وله ان اثر الولادة يمتد الى سبعة لما روي انه عليه السلام عق عن الحسن والحسين في اليوم السابع
هذا اذا كان الزوج حاضرا وان كان غائبا فنفى بلغه الخبر فعنده كوقت الولادة وعندهما ان بلغه
الخبر في مدة النفاس فكذلك وان بلغه بعده فعند ابي يوسف رحمه الله ان ينفيه الى اربعين يوما من حين قدم
ما دام الولد لم يبلغ حولين فان قدم بعد الحولين فليس له نفيه ابدا ذكره الطحاوي وذكر الفقيه عنده ان له
نفيه بعد القدوم الى سنتين لانهما مدة الرضاع وهو اثر الولادة وعند محمد رحمه الله كذلك الى اربعين يوما اعتبارا لمدة
النفاس وروى محمد عن ابي حنيفة رحمه الله تلك المدة ايضا وذكر محمد رحمه الله في غير رواية الاصول عن ابي يوسف
اذا لم يولد الولد حولان او اكثر اذا بلغه الخبر فنفى يلاعن بينهما ولا يقطع نسبه منه وقال محمد رحمه الله اذا نفاه حين
الحولين الى اربعين يوما حين بلغه الخبر لاعن بينهما ولا يقطع نسبه منه كذا في الينابيع واذا اتت بولدين
في بطن فاعترف الزوج بالثاني ونفى الاول ثبتا اي نسب الاول وكذا حد الزوج لانه اقر بكذبه اذ
نفى نفي الاول فكانه قال انت زانية ثم قال انت عفيفة او اعترف بالاول ونفى الثاني ثبتا ولاعن لانهما توأمان
خلقا من ماء واحد فكان اعترافه باحدهما اعترافا بالآخر فجعل كانه اقر بولد ثم نفاه فلا يصح نفيه وان لم يجب الحد
لانه لم يوجد الرجوع بعد القذف فانه اقر بالعفة اولا ثم قذفها بالنفي فيلاعن وكذا لو اقر بولد ثم نفاه لاعن الثاني

سبعة لان [illegible] وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة انه قال له ان ينفيه [illegible]

بينهما لانه نسبها الى الزنا بنفي الولد وقذف الزوجة يوجب اللعان والولد ولده لان نسبه ثبت بالاقرار بعده
فلا ينقطع باللعان وان نفاه اولا ثم اقر به يحد حد القذف والولد ولده لانه اقر به بعد النفي والاقرار بعد
النفي صحيح ويجب الحد لانه لما اقر بالولد فقد اكذب نفسه وان قال ليس بابني ولا بابنك لا حد عليه ولا لعان
لانه انكر الولادة وانكارها ليس بقذف ولو قال يا زانية لغيره فقال بل انت فانهما يحدان حد القذف لان كلمة
لا بل كلمة عطف والعطف اذا لم يكن له خبر يجعل خبر الاول خبرا له فكانه قال لا بل انت زانية ولو قال لامرأته
يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لان كل منهما قذف صاحبه لما قلنا وقذف الرجل امرأته يوجب اللعان
وقذف المرأة الزوج يوجب الحد ولا بد من تقديم احدهما على الآخر ولو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف
لان جريان اللعان بينهما لا يبطل احصان الرجل ولو قدمنا حد القذف يبطل اللعان واقامة هذا القذف
يبطل اهلية الشهادة فكان تقديم الحد اولى لان فيه اسقاط اللعان كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان
ولو ماتت بنت المنفية نسبها بسبب التلاعن عن ولد اي تركت ولدا فادعاه الاب الملاعن بانه ولد بنته
فنسبه غير ثابت منه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يثبت لان دعوة المنفية كانت صحيحة فكذا تصح دعوة ولدها
كما لو كان للمنفي ذكر فمات وترك ولدا ثبت نسبه من المدعي وورثا الاب عنه اجماعا ولان الانساب الى الاباء
ونسب ولد البنت ثابت من ابيه فاستغنى عن ان يثبت من امه وجده اب امه بخلاف دعوة المنفية لانها احتاج
الى النسب من الملاعن وبخلاف ما لو كان الولد المنفي ذكرا لان الولد ينسب اليه لانه ابوه فيحتاج
الى اثبات نسبه كالاول فاشتركا في صحة الدعوة ولو ماتت الملاعنة ولد ثم ادعى الاب الملاعن نسبها لا يثبت نسبها
فلا يرث منها اتفاقا لانها استغنت بالموت عن النسب ويضرب حد القذف لو ادعى نسب بنت المنفي حال حياتها
يثبت نسبها اتفاقا ولو كان له اربع نسوة فقال لهن يا زواني فعليه مع كل واحدة منهن لعان على حدة وان كذب
نفسه يجب عليه حد واحد ولو كان بعضهن من اهل اللعان دون بعض ومن ليس من اهل ذلك ولو قذف المطلقة الرجعية لاعن بينهما
ولو قذف البائنة حد ولا لعان **فصل** في العدة ذكر في الصحاح عدة المرأة ايام اقرائها وقيل هي عبارة
عن التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح او شبهته تعتد الحرة الحائض المدخول بها عن الطلاق فلو
طلقها الزوج وقد اتت عليها ثلثون سنة فلم تحض فعدتها بالاشهر كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير والفسخ
كفسخ خيار البلوغ والعتاق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين صاحبه والفرق في النكاح الفاسد لان الفرقة لما
كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق كذا في الهداية ثلثة قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء وفي
نحن تاويلها اي القروء الواقعة في القرآن جمع قرء بفتح القاف اي الحيض بكسر الحاء وفتح الياء جمع حيضة وانما قال
تاويلها ولم يقل تفسيرها لان القرء لفظ مشترك بين الحيض والطهر والمؤول ما ترجح من المشترك احد معانيه بغالب الرأي

على الآخر لا بالاطهار نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه يؤول القرء بالطهر وهو قول مالك كذا في العيون لقوله عليه السلام
ان من السنة ان يطلقها في كل قرء تطليقة اي في كل طهر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
فلا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة ولما لا تتجزى الحيضة جعلت عدتها حيضتين ولان القرء ينبئ عن الجمع لغة
يقال قرأت الناقة جنينا في رحمها فحمله على الحيض اولى لان فيه جمع دم ولانه لو حمل على الاطهار لم يصح معنى الجمع لان
الطلاق قد يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون مدة عدتها
قرئين وبعض الثالث فلم يكن كوامل وهذا مقرون بالعدد فلا بد من الكوامل لان الحيض معرف لبراءة الرحم دون
الطهر وان طلقت في الحيض لم تعتد على صيغة المجهول اي لم يعتبر بتلك الحيضة التي وقع فيها الطلاق لان ما وجد
قبل الطلاق لا يحتسب من العدة فلا يحتسب ما بقي لان الحيضة لا تتجزى وتعتد الصغيرة و
الآيسة وكذا التي بلغت بالسن خمسة عشر سنة فعدتها تنقضي بالاشهر ايضا واختلف اصحابنا رحمهم الله في
الآيس وقد روى عن محمد رحمه الله ان حد الآيس في الروميات خمس وخمسون سنة وفي غير الروميات ستون سنة
لان الروميات اسرع تكسرا هكذا ذكره الفقيه في نوادره وذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان حد الآيس خمس و
خمسون سنة من غير فصل وعنه ايضا انه قال حد الاياس ما بين الخمسين الى الستين وقال ابن مقاتل يعتبر
اذا بلغت خمسين سنة كان لها ان تعتد بثلثة اشهر وفي الجامع الصغير امرأة قد طلقت وقد اتت عليها ثلثون سنة
ولم تحض فعدتها بالاشهر فقد جعل حد الآيس ثلثين سنة والاصح انه يختلف باختلاف الهواء والبلدان والغذاء
وذكر في النوازل عن الزعفراني في غيره ان حد الآيس بعد الخمسين قال وبه ناخذ وعن محمد رحمه الله ابنة سبعين اذا
رات دما فهو حيض ان لم يكن عن آفة وان كانت عدة لها ولكنا الانقطاع قبل ستين ناخذ بعادتهن ان
كانت عادتهن انقطاع الحيض بعد ستين لا ناخذ بذلك وناخذ بستين هكذا ذكره ابو الليث رحمه الله كذا في الينابيع
وفي فتاوى الصغير لو بلغت فرأت دما ثم انقطع الدم حتى مضت سنة فطلقها فعدتها بالاشهر اما اذا رأت ثلثة ايام
ثم انقطع سنة او اكثر فعدتها لا تنقضي بالاشهر ما لم تبلغ حد الاياسة وفي الحقائق يشترط للحكم بالاياس في
هذه المدة ان ينقطع الدم عنها مدة طويلة وهي ستة اشهر في الاصح ثم هل يشترط ان يكون انقطاع الدم
ستة اشهر بعد مدة الآيس الاصح انه ليس بشرط حتى لو كان منقطعا قبل مدة الآيس ثم رأته بعده يحكم بالاياس
بثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر كما بيناه وان قيل
امرأة ممتدة الطهر وهي ممن تحيض وتعد طهرها بان تعتد بعد ما بالاقراء لا بثلثة اشهر بعد تسعة اشهر نفي لقول مالك رحمه الله
فانه قال تتربص بعد الطلاق تسعة اشهر ثم تعتد بعد بثلثة اشهر لان تسعة اشهر هي المدة لظهور الحبل اذا انقضت تحققت
براءة الرحم ثم تعتد بثلثة اشهر لتصير بيتها في معنى من تحيض ولنا انها حائض باستصحاب الحال فلا تعتد بالاشهر لان العدد

بما يختص بالصغيرة والآيسة وتعتد الامة لو كانت عن تحيض وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة لوجود
الرق في الكل بحيضتين لقوله عليه السلام عدة الامة حيضتان وائمتنا والشافعي رحمهم الله امروا الامة الآيسة
بشهر ونصف لا بثلثة بعد تسعة نفي لقول مالك رحمه الله فانه قال يتربص بعد الطلاق تسعة اشهر ثم تعتد بعدها بثلثة اشهر
لان تسعة اشهر هي المدة المعتادة لظهور الحبل فاذا انقضت تحققنا براءة الرحم ثم تعتد بثلثة اشهر
في بعض من لا تحيض ولا الطلاق فوقتت واللائي يئسن من المحيض الاية ولنا ان عدتها نصف عدة الحرة لما روي عن عمر
رضي الله عنه لو استطعت لجعلت عدة الامة حيضة ونصفا الا ان الحيضة لا تتنصف لاحتمال انها اقله وكثره
فيتنصف الاشهر وتعتد الحرة المتوفى عنها زوجها باربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيرة مدخولا
او غير مدخول بها لاطلاق النص وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا اي عشرة ايام وعن الاوزاعي وهو قول ابن عمر رضي الله عنه ان المعتد فيه عشر ليال لان حذف التاء
من عشر يدل عليه فيجوز لها ان يتزوجها في يوم العاشر ولنا ان الليالي تدخل فيها بازائها من الايام لان ذكر
العدد في من الايام والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر لقوله تعالى ثلثة ايام الا رمزا
وقال الله تعالى ثلث ليال سويا والقصة واحدة فعبر عنها تارة بالايام وتارة بالليالي وتعتد الامة المتوفى عنها زوجها
بالنصف اي نصف مدة الحرة وهي شهرين وخمسة ايام وكذا مدبرة وام الولد والمكاتبة وتعتد الحامل مطلقا
سواء كانت حرة او امة للمتوفى عنها زوجها او مولاها او مطلقة بالوضع اي بوضع الحمل وكذلك الحامل من
الزنا اذا تزوجت بزوج جاز النكاح في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان طلقها زوجها حال حملها تنقضي عدتها
بوضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهذه الاية ناسخة لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم الاية في حق الحامل كذا روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما في الحبالى على عمومها وتعتد المراة
الفاسدة النكاح كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاجماع في علمائنا واما نكاح المحارم مع انها حرام
فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسقوط الحد بشبهة الفعل ولم يوجد احكام النكاح الباطل و
ينبغي ان لا يجب العدة وان دخل بها ولا يثبت النسب كما ان للنكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول كذا في
الكفاية والموطوءة بشبهة كالمنكوحة فاسدا حتى يجب المهر بالحيض اي بثلث حيض في الفرقة والموت
اذا فارق عن زوجها او مات عنها لان عدتها لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح وهي تعرف بالحيض الحاق الفاسد
بالصحيح في هذا الحكم كما في الاولاد بالصحيح في افادة الملك واذا اعتدت الآيسة بالشهور ثم رات الدم على عادتها
الجارية استانفتها اي فعليها ان تعتد بالحيض لان الاعتداد بالشهور خلف عن الاعتداد بالحيض وانما يصار اليه
اذا استمر العجز عن الاصل وعود العادة يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا لان شرط الخلفية تحقق الاياس ودوام العجز الى الغاية

في حق شيخ الفاني وقال محمد بن مقاتل رحمه الله فانه كان يقول هذا الحكم يكن يحكم باياسها فاما اذا انقطع عنها الدم
زمانا حتى يحكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة فرات الدم بعد ذلك لم يكن فيها وكان محمد بن ابرهيم الميداني يقول
ان رات دما سائلا كما تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رات بلة يسيرة لم يكن حيضا هذا على الرواية التي لم يقدر
الاياس واما اذا قدر بخمس وخمسين سنة فبلغته ثم رات الدم لم يكن حيضا كالصغيرة التي لا تحيض مثلها اذا رات
دما بعدما اعتدت بالشهور لم يستانف لانه اصل في حقها كذا في النوادر وهو قول الثلثة كذا في العيون فلان تنسب
العدة هو المختار كذا في الايضاح واذا تزوجت الآيسة بعد تمام اعتدادها بالاشهر ثم رات الدم فالاصح ان نكاحها
جائز قطعي للتناقض اولا فيكون عدتها في المستقبل بالحيض كذا في النوازل واذا اعتدت الصغيرة بالاشهر ثم رات الدم
لا يستانف بالحيض لانه لم يتبين انها كانت من ذوات الاقراء بخلاف اذا رات في اثناء عدتها حيث تستانف تحرزا
عن الجمع بين الاصل والخلف او آيست المعتدة بالحيض بعد حيضتين فبالاشهر اي تعتد بالاشهر لان الجمع
بين الاصل والخلف غير جائز ولو اعتقت الامة في اثناء العدة من طلاق رجعي فكمنا وان فيهما [?]
بعدة الحرائر فانقلبت عدتها الى العدة الحراير وقال مالك رحمه الله لا تنتقل فتعتد عدة الامة لان اللازم عليها اتمام
العدة على وجه وجبت عليها فلا تتبدل بالعتق كما لا تتبدل عدة المبتوتة والمتوفى عنها زوجها وان كانت المعتدة
في العدة مبانة تحت لم تامر [?] بعدة الحراير وقال الشافعي رحمه الله في قول يامر ان تعتد بعدة الحراير لان حالها في العدة
تغيرت فتتغير عدتها كما لو كانت رجعية ولنا انها عتقت بعد زوال الحل فلا يتغير عدتها كما لو اعتقت بعد
انقضاء العدة واذا اعتقت ام الولد او مات مولاها تحت تامر بثلث حيض لا بواحدة نفي لقول الشافعي رحمه الله
فانه يامر ان تعتد بحيضة واحدة وهو قول مالك واحمد كذا في العيون لان هذه العدة لزوال ملك اليمين فاشبه الاستبراء
ولنا قول عمر رضي الله عنه عدة ام الولد ثلث حيض ولان ام الولد لها فراش اضعف من فراش المنكوحة وعند عدم
وجبت لزواله فصارت كعدة النكاح الحاقا للقاصر بالكامل احتياطا وان كانت لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر عند علمائنا في
النكاح كذا في النوادر هذا اذا لم يكن منكوحة او معتدة فان كانت لا يلزمها العدة بموت المولى ولا بالعتق لعدم
ذلك المولى معه او مات زوجها ومولاها وجهل الترتيب فلم يعرف ايهما اولا ولم يعرف كمية ما بينهما اي بين الموتين
من الايام فعدتها عدة الوفاة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الجمع بين العدتين اي تعتد باربعة اشهر وعشر وتستكمل
فيها ثلث حيض لان العدة من المولى دائرة بين الوجوب والسقوط فيجب احتياطا وله ان الامرين اذا حدثا
ولم يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا كالغرقى والحرقى فاذا جعل موت المولى والزوج معا ترجح جانب عدم الوجوب
فلا يجب العدة احتياطا لان الشيء لا يثبت بالشك كما لو اخبرت بموت زوجها او الطلاق ولم يعلم تاريخهما لا يجب العدة
للطلاق ولو عرف الترتيب والكمية وكان بين الموتين اقل من شهرين وخمسة ايام تعتد باربعة اشهر وعشر

اتفاقا لان المولى ان مات اولا عتقت ولم يلزمها عدتها لانها منكوحة الغير واذا مات الزوج تعتد
ولا يلزمها العدة من موت مولاها لانها معتدة بالنكاح ولزمها عدة الحرة في حال عدة الامة في حال فتعتد
بالاكثر واحتياطا وان كان ما بين الموتين شهرين وخمسة ايام تعتد باربعة اشهر وعشر ويستكمل فيها بثلث
حيض اتفاقا لان المولى ان مات اولا لم يلزمها عدة وبعد موت الزوج يلزمها عدة الحرة ولو مات الزوج اولا
يلزمها عدة الامة ويلزمها بموت المولى بعده ان تعتد بثلث حيض فيجمع بينهما احتياطا ولو مات الصغير عن امراة
الحامل يلزمها ابو يوسف وهو قول الثلثة كذا في الينبوع بالشهور اى بان تعتد اربعة اشهر وعشر هذا اذا ولدت
بعد موته لاقل من ستة اشهر وان ولدت لستة اشهر فصاعدا فعدتها اربعة اشهر وعشر اجماعا كما في
الحمل الحادث بعده اى بعد موت الزوج تعتد باربعة اشهر وعشر بالاجماع ليتعيننا ان الحمل ليس من الزوج
في الصورتين وهذا تنبيه على تعليل ابى يوسف رحمه الله وانما تعرف حدوث الحمل بعد الموت بان تضعه لستة اشهر
فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم بان ياتي لاكثر من سنتين والاول اصح
ولهما انه امر ان تعتد بالوضع اى بوضع الحمل لان العدة شرعت لقضاء حق النكاح لا لبراءة الرحم وهذا
للمعنى متحقق في الصبي لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون
منه او من غيره بخلاف الحمل الحادث لانه يثبت وجوده وقت الموت فوجبت العدة بالاشهر فلا يتغير بحدوث
بعد ذلك ولا يثبت نسبه اى نسب الحمل من الصغير في الوجهين اى القائم وقت الموت والحادث بعد الموت
بالاجماع لانه يعتمد الماء ولا ماء له واذا وطئت المعتدة من طلاق بشبهة اى بشبهة الملك بان تزوجها
رجل وهو لا يعلم انها معتدة الغير او منكوحة الغير او وجدها على فراشه والنساء قلن انها زوجتك
او وطئ المطلقة الثلثة وادعى الشبهة بان قال ظننت انها تحل فوجبت عدة اخرى تداخلتا اى تداخلت العدتان
على التداخل سواء كانت العدة من شخص واحد او شخصين فالعدتان وجبتا من رجلين لا يخلو من ان يكون
الثانى بعدما رات المراة شيئا من الحيض او لم تر شيئا فان كانت لم تر شيئا فالحيض الثلاث بعد الوطئ
ينوب عن ست حيض وان كانت رات حيضة تجب عليها بعد الوطئ الثانى ثلث حيض والحيضتان ينوبان
عن اربع حيض والثالث عن الوطئ الثانى خاصة وذكر في الذخيرة اذا وجبت العدتان من جنس كالمطلقة
اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما او من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة
تداخلتا بما رات من الحيض والاشهر هذا اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع
وذكر في المبسوط ان كانت العدة من واحد بان وطئ معتدة بشبهة بعد البينونة فلا شك عندنا انهما
تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولى الشافعى رحمه الله وفي قول اخر لا يجب العدة بالسبب الثانى اصلا ولو طلقها

بلا شبهة كما اذا تزوجها وهو يعلم انها منكوحة الغير لا يجب عدة اخرى ولا يحرم على الزوج الاول وطئها
وينبغى كذا في الذخيرة فان كان طلاق الاول رجعيا كان له ان يراجعها في الحيضتين الاوليين وليس له
ان يراجعها في الحيضة الثالثة لانها بانت منه وليس له ان يتزوجها لانها معتدة الغير وعلى هذا الخلاف
العدتان بالشهور لا على التعاقب نفى لقول الشافعى رحمه الله فانه قال لا تتداخل العدتان فعليها
عدة ثانية عقيب الاول وفي الينبوع وعند الشافعى رحمه الله في قول واحمد تداخلتا من شخص واحد
اذا اتفقتا لا من شخصين وعند مالك رحمه الله تداخلتا ولو من شخصين وفي الذخيرة هذا اذا وطئها
الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان اتفاقا له ان الاعتداد وكف عن الخروج والتزوج باخر
يكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم فلا يتأديان في زمان واحد كالصومين
في يوم واحد ولنا ان الغرض من العدتين وهو براءة الرحم يحصل في مدة واحدة وان لم يعلم تنقضى
وان لم تكف عن الخروج نفسها ومعنى العبادة تابع ولهذا تنقضى بدون علمها وتجب على الكافرة وغير
المكلفة وحاصل الاختلاف راجع الى ان ركن العدة فعل عنده وهو كف المراة نفسها عن افعال
محظورة عليها ولا يتصور فعلان في وقت واحد ولهذا لا يجب على من لا فعل عليه اصلا كالصبية
والمجنون وعندنا الركن فيها ترك الفعل وهو ترك الخروج ويتصور ترك افعال كثيرة في وقت
واحد كترك مطالبات كثيرة في وقت واحد ولهذا يجب على من لا فعل عليه كالصبية والمجنونة فاذا
انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية اتمت العدة الثانية وتبدى بعدة الطلاق وعدة
الوفاة عقيبهما اى عقيب الطلاق والوفاة لان كلا منهما سبب فيعتبر السبب من حين وجود السبب
ولو اقر بالطلاق منذ سنة فان كذبته في الاسناد فعدتها من وقت الاقرار وتجب لها نفقة العدة
واما في حق الزوج باختها واربع سواها تعتد من وقت الطلاق وان صدقته تعتد من وقت الطلاق
كذا ذكره محمد رحمه الله في الاصل لكن هذا محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى اسند الطلاق فيه
اليه اما اذا كانا مجتمعين فلا يصدقان في الاسناد ومشايخ بلخ قالوا لا يلزمها العدة في هذه الصورة
ايضا من وقت الاقرار عقوبة على كتمانها الطلاق ولكن لا يجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لاعترافها
بسقوط حقها وتنقضى العدة بمضى المدة اى مدة الطلاق والوفاة وان لم يعلم بهما اى بالطلاق والوفاة
ونحن امرنا به اى بابتداء العدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق اى تفريق القاضى وهذا ليس بطلاق
او عقيب العزم على ترك الوطئ وذلك بان يقول تركتك او خليت سبيلك ونحوهما لا بمجرد العزم ولهذا قيل
المتاركة في النكاح الفاسد لا يتحقق الا بالقول لا من الوطئيات نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال تعتبر العدة

من اخر الوطئات حتى لو حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلث حيض انقضت العدة لان المؤثر
في ايجابها هو الوطء لا العقد ولنا ان في الفاسد شبهة النكاح ولهذا لا يحد بالوطء فيه وانما ترتفع هذه
الشبهة بالتفريق او بالترك قبله كما في النكاح الصحيح واذا اقرت المعتدة بالحيض بانقضائها فاقل المدة
الصالحة لها شهران عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعة وثلثون يوما لاحتمال ان يقع الطلاق قبل اول حيضة
فيكون مدتها ثلثة ايام وتطهر بعده خمسة عشر يوما ثم تحيض ثلثة ايام وتطهر خمسة عشر يوما ثم تحيض ثلثة ايام
فيكمل العدة وله انه لو اخرناه ثلث ساعات للاغتسال لان زمان الاغتسال من الحيض كذا في الجامع المحبوبي
ولان رؤيتها ممكنا نادرة فلا يبتنى عليه الحكم الشرعي وانما يبتنى على الغالب فيعتبر اكثر مدة الحيض واقل
مدة الطهر لتعتدل فيكون ثلث حيض شهرا والطهر بينهما شهرا ولو كانت المعتدة بانقضائها امة تصدق
عندهما في احدى وعشرين يوما ستة ايام حيضتان وخمسة عشر يوما طهر وعنده تصدق في اربعين
لانه يجعل كانه طلقها في اول الطهر فالطهران كل منهما خمسة عشر يوما وحيضتان كل منهما خمسة ايام ولو علق
طلاقها بالولادة فولدت فطلقت ثم اقرت بانقضاء عدتها بالحيض فاقلها اي اقل المدة الصالحة لتصديقها
خمسة وثمانون يوما عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية محمد رحمه الله عنه لان نفاسها يقدر بخمسة وعشرين اذ لو كان اقل
منه ثم كان بعده طهر خمسة عشر ثم رات الدم بعده في الاربعين كان كله نفاسا لان الطهر في الاربعين كان كله
نفاسا لان الطهر في الاربعين وان كثر لا يفصل عنده فيقدر الحيض بخمسة لانه وسط بين اكثر المدة
فيكون خمسة وعشرون نفاسا وخمسة واربعون ثلثة اطهار وخمسة عشر ثلث حيض فيكون المجموع خمسة وثمانون
يوما او لمائة رواية اي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الحيض مقدر بعشرة احتياطا فزاد على التقدير
الاول خمسة عشر فكان ما ثلث حيض يصدق فيها ابو يوسف رحمه الله في خمسة وستين لان اكثر الحيض عشرة والنفاس
اكثر منه عادة فزيد عليه يوم فصار احد عشر وطهر خمسة عشر ثلث مرات يكون خمسة واربعين وحيضها
ثلث مرات تسعة فيكون المجموع خمسة وستين لا في اربعة وخمسين اي مع ساعة في قول محمد رحمه الله
فانه قال لا يصدق في اقل من هذه المدة لان اقل النفاس لم يقدر بشيء فيقدر بساعة وطهرها الثلث
خمسة واربعون وحيضها تسعة اعتبارا باقل المدة غير ساعة النفاس فيكون المجموع اربعة وخمسين يوما
وساعة وتترك الحرة في عدة الوفاة عن نكاح صحيح الطيب والزينة والدهن ويدخل في الزينة لبس المزعفر والمعصفر
والحرير لانه من دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح سدا لباب الذريعة الى الوقوع في المحرم والكحل
والدهن لقوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها
اربعة اشهر وعشرا نفى الحل وهو مستلزم لثبوت الحرمة والحرمة اثر النهي فكانه قال لا تحد امراة على ميت الا على

زوجها فيمنع المعتدة عن الاكتحال والادهان والاختضاب بالحناء لان الحناء طيب والدهن لا يعرى عن نوع
طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع ولا عذر منه الا لعذر ومثل ان يكون لها حكة فتلبس الحرير لاجلها اذ لا يجد ثوبا
غيره قيل هذا اذا كان الثوب جديدا اما اذا كان خليقا لا يقع به الزينة فلا باس به ولو كانت العدة من
نكاح فاسد لا تحد لانه واجب لزوال فلا سبب على زواله ولا احداد عليه لا جل قال الله تعالى لكيلا
تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم المراد بالاسى والفرح ان يكون بصياح نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه
والامة يجب الحداد عليها في العدة اذا اشتراها لكن لم يظهر فحق المولى يحل وطؤها له بالشرا حتى لو اعتقها
في هذه الحالة ظهرت العدة ونحن نامرها اي بالاحداد وترك الطيب والزينة ولبس المزعفر والمعصفر ان كانت
بالغة كذا في العيون المبتوتة اي المطلقة طلاقا بائنا سواء كانت حرة او امة وقال الشافعي رحمه الله في قوله
لا تؤمر به وهو قول مالك واحمد رحمهما الله وقالوا لا احداد الا في المتوفى عنها زوجها كذا في العيون لانه وجب
بالابانة فلا يجب عليها اظهار التاسف من فرقته ولنا انها ممنوعة عن النكاح في العدة فيمنع عن معنى ما
داعية اليه للاستمتاع انها كانت ملتمسة للازواج قيد بالمبتوتة لان الاحداد واجب في عدة الوفاة اتفاقا
وغير واجب في الرجعية اتفاقا كذا في الحقايق ونحن لا نوجبه اي الاحداد على ذمية ولو تحت مسلم كذا في العيون
ولا صغيرة وقال الشافعي رحمه الله يجب عليها الحداد وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون اذا مات زوجها لعموم
الحديث السابق ولنا ان الحداد حق الشرع وهما ليستا من اهل الخطاب ولا احداد على ام الولد اذا اعتقها مولاها لان
الحداد لاظهار التاسف على فوات نعمة النكاح ولم يكن لها نكاح ولا تخطب المعتدة اي لا يطلب النكاح ولا باس
بالتعريض وهو ان تذكر شيئا يريد به شيئا اخر لم يذكره كقوله اني فيك لراغب او قوله اريد ان اتزوج صالحة وانت
صالحة ونحوهما وهذا مروي عن ابن عباس وعن سعيد بن جبير رضي الله عنهما وان يقول في قوله والتعريض بان يقول
فيك لراغب واني اريد ان اجتمع لقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء هذا اذا كانت معتدة
عن وفاة وان كانت معتدة عن طلاق لا يجوز التعريض اما في الرجعي فلان الزوجية قائمة واما في المبتوتة فلان
تعريضها يورث العداوة بينها وبين الزوج الاول وكذا بينه وبين المخاطب ولا تخرج المطلقة الرجعية من البيت
والمطلقة المبتوتة اصلا لا في الليل ولا في النهار لان النفقة دارة عليها فلا ضرورة لها الى الخروج حتى لو اختلعت
على ان لا نفقة لها تخرج نهارا لمعاشها وهي لا تخرج وهو الاصح لانها هي التي اختارت اسقاط نفقتها فلا يؤثر في
ابطال حق واجب كالمختلعة على ان لا سكنى لها لا يجوز لها الخروج هذا في الحرة واما في الامة فتخرج في عدة الابانة
والوفاة في الوقتين جميعا لرعاية حق المولى في الخدمة الا ان يبوئ لها منزلا فيترك الخدمة لها ولو كانت المبانة
كتابية فلها الخروج لانها غير مامورة بالشرايع الا ان للزوج ان يمنعها عن الخروج صيانة لمائه والمجنونة والصبية

تخرجان لانها لا يلزمها العبادات كالذمية لان في العدة معنى العبادة من حيث انه حق الشرع ويخرج المتوفى عنها
زوجها نهارا او بعض الليل اولا نفقة لها فتحتاج الى الخروج وتبيت في منزلها اي لا يكون في الليل كله في غير
منزلها ولو بانت اقل من نصف الليل فلا باس بذلك لان البيتوتة عبارة عن الكون في مكان اكثر الليل وتعتد
في المنزل المضاف اليها بالسكنى حالة وجوبها اي وجوب العدة بالموت او الفرقة حتى لو طلقت
في منزل اهلها فعليها ان تعود الى منزلها الذي كانت ساكنة فيه لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن واذا
اعتدت في منزل الزوج يجعل بينها وبينه سترة حتى لا يقع الخلوة بالاجنبية وان كان فاسقا يخاف عليها
منه فالاولى خروجه لوجوب السكنى عليها فيه ولو كان الزوج غايبا وطلقها وكانت تسكن باجرة اعطتها باذن القاضي
ويصير دينا على الزوج فان اخرجها الورثة من نصيبهم من الدار وضاق عنها اي عن سكناها نصيبها من دار
الميت او خافت على مالها فيها انتقلت لان هذا الانتقال بعذر ولو اسكنوها في نصيبهم باجرة وهي تقدر على ادائها
لا تنتقل وفي الكفاية تعيين الموضع الذي تنتقل اليه وفي الوفاة اليها وفي غيرها اليه ولو مات الزوج في السفر
في المصر وقد كان مع امراته او ابانها اي طلقها طلاقا باينا فيه وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها مسيرة سفر فعليها
ان تعتد في المصر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تخرج بمحرم حتى تفرغ من عدتها واجازاه اي الخروج بمحرم قبله اي قبل
الفراغ عن العدة لان حرمة الخروج معلل بالسفر وحرمة الخروج قد ارتفعت بالمحرم لان الممنوع انشاء السفر
في العدة وهذا ليس بانشاء السفر لان الطلاق وقع عليها وهي مسافرة ولان نقل الخروج الى ما دون السفر
حرام بالنص على المعتدة الا انا لم نجعل الخروج الى ما دون السفر خروجا دفعا للاذى القربة وخوفا عليها من الفتنة
فلم تظهر اثر الحرمة فيه استحسانا بخلاف الخروج الى السفر ولان تاثير العدة في المنع من الخروج اقوى من تاثير عدم
المحرم فلا يرى ان العدة منعت مطلق الخروج وان قل وعدم المحرم يمنع السفر فقط وعدم المحرم لما كان مانعا من
السفر فالعدة اولى ولانه ليس انشاء الخروج بل هو بناء على الخروج الاول وهي منشئة بل عبارة انه سفر فيحرم الخروج
والقرية التي تقدر على المقام بها كالمصر في الحكم ولو بانت في الحضر لا تخرج بالاجماع ولو كانت في مفازة او طلقت فيها فهي
بالخيار ان شاءت مضت الى مقصدها سواء كانت معها محرم اولا اجماعا لخوف الهلاك ولو كانت دون مدة السفر
تخرج الى ايهما شاءت اتفاقا ولو كانت احديهما مدة السفر والاخرى دونها تخرج الى الذي دونها اتفاقا

فصل

في ثبوت النسب ويقدر اقل الحمل ستة اشهر بالاجماع لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقوله والوالدات
يرضعن اولادهن حولين كاملين فالفاضل عليه هو ستة اشهر ونحن نقدر اكثره اي اكثر مدة الحمل بسنتين لا باربعة
نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قدره باربع سنين لما روى ان رجلا غاب عن امراته لسنتين ثم قدم وهي حامل فهم عمر رضي الله عنه
برجمها فقال معاذ رضي الله عنه ان يكن لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبت

ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال ابني ورب الكعبة فقال عمر رضي الله عنه لولا معاذ لهلك عمر فقد وضعت الولد
لاكثر من سنتين ثم ثبت نسبه من الزوج وقيل ان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعدما نبتت ثنيتاه وهو يضحك
ولهذا سمي ضحاكا ولنا قول عايشة رضي الله عنها لا تلد المراة الولد التام لاقل من ستة اشهر ولا يبقى الولد
في البطن اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل اي بقدر ما يمكث ظل فلكة مغزل حالة الدوران لان ظل حالة الدوران
اسرع من ساير الظلال لانه ممكنا فرس الامام المحبوبي وهو مثل يضرب في الدوران والغرض تقليل المدة وذلك
مما لا يعرف بالراي والقياس وانما يعرف بالسماع والظاهر انها قالت سماعا ونحن نقول ان ما في الرحم لا يعلمه
الا الله فلم يعرف وجوده فيه من المدة واما عمر رضي الله عنه فانما اثبت النسب بالفراش القايم بينهما في الحال وباقرار
الزوج وبه يفتى فاذا اقرت المعتدة اي معتدة كانت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار ثبت نسبه لظهور كذبها لانها لما اقرت بانقضاء العدة وفي بطنها ولد ثابت النسب فيبطل اقرارها
فصار كانها لم تقر بالانقضاء فيثبت النسب ومن اعتبر المدة من وقت الطلاق فقد خالف على ما ذكر في الكتب
المعتبرة وارتكب ما لا يحتمله في نفسه وجاءت بولد لستة اي لستة اشهر لم يثبت لاحتمال حدوث الحمل بنكاح جديد
فلم يتيقن كذبها وانما اعتبر قولها لانها امينة في الاخبار عما في رحمها فيجوز ابطال حق الولد بقول الامين كما يبطل
حق الزوج بانقضاء عدتها واذا اتت به الرجعية بسنتين او اكثر ثبت نسب الولد ما لم تقر بانقضائها اي بانقضاء
العدة وكان الزوج بها مراجعا لان الزنا منتف عن المسلم ظاهرا فكان حمله على الصلاح بما امكن اولى فالبناء
اسهل من حمله على التزوج باخر وان اقرت بانقضاء العدة فهو كما قالت في مدة لثلثة اقراء او اتت بولد لاقل
من سنتين ثبت نسبه لوجود العلوق في وقت النكاح وفي العدة وبانت الزوجة من زوجها بالولادة لانقضاء العدة
بوضع الحمل ولما احتمل كون العلوق قبل الطلاق وبعده لم يصر مراجعا بالشك ولا يحمل العلوق على اقرب اوقاتها
التي بعد الطلاق فيكون مراجعا ويكون فيه حمل امر المومن على الصلاح لان الرجعة بالفعل خلاف السنة فلا
تظن بالمسلم العاقل الاقدام على خلافها فلا يحمل عليه مع امكان غيره وان اتت المعتدة المبتوتة منه بانها وهي
المطلقة ثلثا او المطلقة طلاقا باينا او المختلعة والمطلقة على مال لاشتراك الكل في الحكم وشمول لفظ المبتوتة
لها وصدقه عليها كذا في النهاية بولد لاقل منهما اي من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه لاحتمال قيام الحمل وقت
الطلاق فيثبت نسبه منه احتياطا للولد وان اتت به لتمامهما اي لتمام السنتين من حين الفرقة لم يثبت نسبه
لحدوث الحمل بعد الطلاق يقينا لان وطي المبتوتة حرام في العدة كذا في النهاية فهذا يعلم ان تمام السنتين ملحق
باكثر السنتين لكن هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي وشرح الاقطع حيث قالوا اكثر مدة الحمل
سنتين فان فيها الحقت اياه باقل السنتين حتى اثبتوا النسب ان جاءت به لتمامها وغاية ما يمكن ان الوطي المنفي

زمانا بعد الطلاق فيكون مدة الحمل اكثر منهما فيمكن مقارنة الطلاق بالوطي كما اعتبر محمد رحمه الله في قوله ان تزوجت
فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه ويثبت النسب استحسانا ويمكن ان يقال فيه
شبهة الشبهة وهو غير معتبر لان فيه احتمال العلوق بعد الطلاق والحمل على امر نادر وهو الحمل على المقارنة
الا اذا ادعاه بان يدعي زوجها انه ولده فيثبت النسب حملا على وطيها في العدة بشبهة العقد وان كانت المطلقة
ثلثا فينبغي ان يستثنى ما ذكر في كتاب الحدود من عموم اللفظ من قوله لا يثبت النسب في شبهة الفعل كما صرحوا
قال في النهاية هذا ليس يجري على العموم فان المطلقة الثلث يثبت النسب فيها وان كان هذا في شبهة الفعل ومن
حمل المبتوتة هنا على ما دون الثلث فقد ارتكب ما يخالف ما في الكتب المعتبرة وبما لا يصح له في نفسه بل يشترط تصديق
الزوجة اذا ادعاه الزوج فيه روايتان وان كانت هذه المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فان جاءت به اي بالولد فعند
ابي يوسف رحمه الله نسب ولدها الى سنتين او كانت هذه الصغيرة مطلقة رجعية فالى سبعة وعشرين شهرا يثبت
نسبه عنده لانه جعل مراجعا في عدتها وهي ثلثة اشهر ويثبت نسبه بعدها في السنتين واثبتناه اي نسب ولد الصغيرة
ان اتت به لاقل من ستة اشهر فيهما اي في المبتوتة والرجعية او كانت الصغيرة المعتدة متوفى عنها زوجها
فجاءت بولد الى سنتين يثبت نسبه عنده واثبتناه ان اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام هذا الخلاف فيما
اذا سكتت الصغيرة ولم تدع حبلا ولم تقر بانقضاء عدتها اما اذا ادعته صارت مقرة بانها بالغة فكانت
كالكبيرة في نسب ولدها او اقرت بمضي العدة بعد ثلثة اشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسب ولدها
وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يثبت سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا بالاجماع لان عدتها عدة ثلثة اشهر
بالنص ومضيها كاقرار الكبيرة بمضي عدتها في المسائل السابقة لان الكلام في المراهقة وهي قابلة للحبل فيحتمل
ان يكون حملا قبل الطلاق او الوفاة فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء
عدتها بثلثة اشهر في الطلاق واربعة اشهر وعشر في الوفاة فاذا وقع الشك في الانقضاء جعل عدتها غير منقضية
فيثبت نسبه الى سنتين كما في البالغة ولهما ان صغرها ثابت بيقين وهو مناف لحملها فلا يزال بالاحتمال الا بمثبتة
بيقين فيحكم بمضي عدتها بثلثة اشهر في الطلاق وباربعة اشهر وعشر في الوفاة ويحمل الحمل على انه حادث بعد
مضي عدتها فلا يثبت النسب وان لم تقر معتدة الوفاة بانقضائها ولم تقر بالحبل ايضا فاتت به لتمام عشرة
اشهر وعشرة ايام نحن اثبتناه اي نسب ولدها من زوجها وقال زفر رحمه الله لا يثبت لان حبلها لما لم يكن ظاهرا
ثبت انقضاء عدتها بالنص بمضي اربعة اشهر وعشر ولو ثبت مضي عدتها باقرارها ثم اتت بولد لا يثبت
نسبه فاولى ان لا يثبت فيما نحن فيه لان الثابت بالنص اقوى من الثابت باقرارها هذا الخلاف فيما اذا كانت
معتدة الوفاة كبيرة لانها لو كانت صغيرة فنسب ولدها انما يثبت اذا اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام

عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كما سبق ولنا ان انقضاء عدتها بالشهور مشروط بعدم الحمل وقد ظهر
من جهتها فلا يحكم بانقضاء عدتها ما لم تقر به فلما ولدت في مدة يمكن ان يكون العلوق من زوجها قبل موته ثبت
نسبه منه حملا للامر على الصلاح واذا اتت به اي بالولد معتدة الوفاة وكذبها بنفس الولادة منها ولم يكن
حبلها ظاهرا فثبوتها اي ثبوت نسبه مشروطة عند ابي حنيفة رحمه الله بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
على ولادتها منها ولو اقر الورثة بالولادة منها يثبت النسب لانهم قائمون مقام الزوج ولو اقر بها اثبت النسب
فكذا اذا اقروا الا ان يكون حبلها ظاهرا او اعترف من الزوج حال حيوته بان يقال ان هذا الحبل مني فيثبت نسبه
بلا شهادة رجلين واما شهادة القابلة فلا بد منه لتعيين الولد بالاجماع لاحتمال ان يكون الولد غير هذا
المعين وانما الخلاف في ثبوت نفس الولادة بقولها المعتدة فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت نسبه اذا اتت به وليد
من غير ظهور حبل او اعتراف وعندهما يثبت بشهادة قابلة وهو قول الشافعي رحمه الله وكفى اثبتناه بواحدة اي بشهادة
امرأة واحدة مسلمة عادلة بولادة لان الفراش وهو لتعيين المرأة الولادة فتختص احد قيام مقام العدة في
الفراش ملزم النسب وانما احتيج الى تعيين الولد فشهادة القابلة كافية وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت الا بشهادة
اربع نسوة عدول لانه لا الزام على الغير الا بحجة عند الانكار واما عند ظهور الحبل واقرار الزوج فلم
يحتج الى الشهادة لان النسب ثبت قبل الولادة والعدة مضت باقرارها بوضع الحمل فلم يبق الا التعيين وقال مالك رحمه الله
يثبت نسبه بشهادة امرأتين وكذا الخلاف لو كانت معتدة عن الطلاق وانكر الزوج الولادة والطلاق
المعلق بالولادة لا يقع بشهادة امرأة واحدة بان قال لامرأته ان ولدت ولدا فانت طالق فلا تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله
وفي الاطلاق وهو قول الشافعي رحمه الله وعند الشافعي رحمه الله بشهادة اربع نسوة وعند مالك رحمه الله بامرأتين كذا في العيون
لهما ان الولادة مما لا يطلع عليه الرجال فشهادة المرأة مقبولة فيها فكذا فيما يتعلق بها وله انها اثبت الحنث عليه فلا يثبت الا بحجة تامة
والطلاق ينفك عن الولادة ذاتا فلا يلزم من قبولها فيها قبولها فيه كما لو اشترى لحما فشهد مسلم بانه ذبيحة مجوسي تقبل شهادته
في حرمة اكله ولا تقبل في الرجوع على البايع وان اقر الزوج بالحبل بان قال هذا الحبل مني ثم علق الطلاق بالولادة
فهي طالق من غير شهادة امرأة عند ابي حنيفة رحمه الله واذا تزوجها فاتت به اي بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت تزوجها
لم يثبت نسبه وان ولدت الزوجة ثانيا لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه ان اعترف به الزوج بالولد او سكت لان الفراش قائم
وان جحد الولادة حال قيام النكاح ثبت النسب بواحدة اي بشهادة امرأة واحدة وثبت النسب بعد ذلك حتى لو نفاه الزوج
يلاعن **فصل** في النفقة وهي اسم بمعنى الانفاق وهي ثلثة انواع نفقة الازواج ونفقة المحارم ونفقة
الرقيق وتجب للمرأة مسلمة كانت او كتابية صحيحة او مريضة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى لقوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم بتسليم نفسها في منزل زوجها وان امتنعت من التمكين في بيت زوجها

لان الاحتباس قايم والزوج قادر على الوطي كرها فلو نزلت الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف
وهو مختار بعض المتاخرين لكن في ظاهر الرواية تجب لها النفقة اذا لم يطلبها بالانتقال فانها سلمت نفسها
اليه معنى والتقصير جاء من جهة الزوج حيث ترك النقل وقالا يوجب طلاق ان حرمها فان طالبها وامتنعت لاستيفاء
مهرها فلها النفقة ايضا وان امتنعت بغير حق فلا نفقة لها كذا في الذخيرة والفتوى على ظاهر الرواية كذا
في الكافي وفي المحيط يجب نفقتها وان لم ينتقل الى بيت زوجها وعن ابي يوسف رحمه الله في رواية ان امتنعت عن تسليم
نفسها حتى يعطيها مهرها ان كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها اذا رادها بان ينتقل الى بيت زوجها وان دخل بها
برضاها ثم امتنعت منه فلها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وان امتنعت بعد ما تحولت الى بيت زوجها تجب النفقة
لانها منعت بحق وفي ظاهر الرواية تجب النفقة وان تنتقل الى بيت زوجها ولم يدخل بها واذا لم يلزم المرأة في بيت الزوج
لا يلزم النفقة لانها بمنزلة الناشزة كذا في النوازل وفي الينابيع لا نفقة لها قبل تسليم نفسها اليه الا اذا امتنعت
نفسها منه بحق كما اذا كان مهرها حالا فطالبته به فلها النفقة وان بقي لها درهم واحد وان كان مؤجلا فلا نفقة
لها وليس لها ان تمنع من تسليم نفسها وقال ابو يوسف رحمه الله لها ان تمنع نفسها حتى تاخذ مهرها المؤجل وفي
شرح الجامع الصغير لقاضي خان لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها ان تحبس نفسها لاستيفاء المهر قبل حلول الاجل وبعده في
ظاهر الرواية اما قبل حلول الاجل فظاهر وكذلك بعده لان هذا العقد ما وجب حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا
بعضه آجلا وبعضه عاجلا فاستوفت العاجل وكذا لو اجلت بعد العقد مدة معلومة ليس لها ان تمنع نفسها
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لها ان تحبس نفسها لاستيفاء الاجل في جميع هذه الفصول اذا لم يكن دخل بها لان
موجب العقد عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد
فقد رضي بتاخير حقه الى ما بعد المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع
لا محالة على قدر حالهما لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فلو كان الزوج معسرا والمرأة موسرة فعليه
نفقة الاعسار لانه هو المخاطب بها وانما في وسعه ذلك وهو المختار للكرخي رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله وظاهر الرواية
وقيل تجب على حالهما في اليسار والاعسار وهو قول الخصاف كذا في المبسوط وبه يفتى وهو مختار الخصاف في الهداية وان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا فلها نفقة الوسط وهو ان يكون فوق نفقة الاعسار دون نفقة اليسار وتقدر
النفقة على صيغة المجهول ويمكن القراءة على صيغة المتكلم اشارة الى الخلاف ان فيه رواية بالكفاية اي تجب بقدر الكفاية
لقوله عليه السلام لامرأة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف اي بلا اسراف ولا تقتير وفي
الحديث اشارة الى ان النفقة غير مقدرة لان الكفاية تختلف باختلاف الزمان والطباع والرخص والغلاء والمعروف
هو الوسط المستفاد من قوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما فعلى هذا لم ينزع الفرق

الى تقديرها بشيء معين كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله من انها على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف
والوسط خبز البر وادام بقدر كفايته وادنى الادام اللبن والزيت ولا بد من الدقيق والماء والحطب والملح
والدهن في البيت ويفرض لها كل شهر ويسلم اليها لتعذر القضاء لكل يوم كما يتعذر بجميع المدة والشهر وسط
وهو اقرب الآجال ويفرض لها الكسوة كل ستة اشهر من التجدد والحاجة اليها في كل حر وبرد ولو صالحته
من النفقة على ما لا يكفيها فطلبت التكميل يكمل لها القاضي وكسوة الصيف قميص ومقنعة وملحفة وفي الشتاء
مع ذلك جبة وسراويل وفي النوازل الكسوة مقدرة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة درع صيفي
وهو الرقيق ودرع شتوي وهو الثخين وخمارين خمار من ابريسم وخمار من قز ولم يذكر السراويل في الصيف ولا بد
في الشتاء ولم يذكر الكعب والخف لانه من اسباب الخروج ولا بد من الخف لخادمها ولا يجب الخمار لها ويفرض
الطعام في كل شهر وان كان الزوج محترفا يجب يوما فيوما وان كان تاجرا شهرا فشهرا وان كان دهقانا
سنة فسنة وتقبل قولها في اعساره عنها اي عن النفقة لانه منكر وتسمع بينتها اي بينة الزوجة على يساره
لانها مدعية ولو اقاما البينة فالبينة بينتها وان اشاروا الى ان القول قول المرأة كذا في الخلاصة
ويوجب ابو يوسف رحمه الله نفقة خادمين على الموسر لزوجته فيقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر
بخارجه وعنه اذا كانت فايقة بنت فايق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلهم
واكتفيا بواحد اي بنفقة خادم واحد ليقوم بالامرين والزيادة للزينة حتى ان الزوج لو قام
بنفسه خدمتها لم يلزمه نفقة الخادم ولو كان الزوج معسرا لا يجب عليه نفقة خادمها في رواية عن ابي حنيفة
وهذا اذا كان لها خادم وان لم يكن لا يفرض على الزوج نفقة الخادم كذا في الذخيرة وهذا لو كان
الخادم مملوكا لها وان كان مملوكا لغيرها او كان حرا فقيل يجب عليه وقيل لا يجب ولو امتنع الخادم
عن الخدمة لا يجب على الزوج نفقته لانها انما تجب بازاء الخدمة كذا في المحيط وفي نوادر ابي الليث لو كانت
المرأة تقدر على الخدمة بنفسها تجبر عليها لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل خدمة داخل البيت على المرأة كذا قضى
بين علي وفاطمة رضي الله عنهما وان نشزت عن بيت زوجها فلا نفقة عليه حتى يعود اليه لان النفقة جزاء الاحتباس
في بيته فلا تستحقها بدونه وان غصبه دارا فاسكنها فللمرأة ان تمتنع من السكنى فاذا امتنعت فليست بناشزة
كذا في النوازل ولا نفقة للصغيرة التي لا توطى مثلها وان كانت في منزل زوجها لان المانع من جانبها
بخلاف الزوجة الرتقاء والقرناء فان الزوج يقدر جماعا فيما دون الفرج من التفخيذ وغيره ونحوه
لمنفعة مطلوبة من النكاح فلهذا تجب وكذلك المريضة فعلى هذا لو كانت الصغيرة مشتهاة يمكن جماعها
فيما دون الفرج فلها النفقة كذا في الذخيرة وتجب النفقة للكبيرة في حال الصغير لان التسليم وجد منها

والعجز من جهته فصار كالعنين ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها معتدة لان ملكه انقطع عن تركته
بالموت ولا يمكن ايجابها في ملك الورثة ونحن نوجبها للمبانة في العدة كما نوجبها اي وجبت النفقة
للمطلقة الرجعية اتفاقا فاذا خرجت المعتدة من بيت العدة سقطت نفقتها فاذا عادت عادت النفقة
كذا في الذخيرة وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة حائلا وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في الينابيع لما
روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة
ولنا ما روي عمر رضي الله عنه انه عليه السلام قال للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وما
رواه رده عمر وجابر وعائشة رضي الله عنهم ولو كانت المبتوتة حاملا فلها النفقة بالاجماع لقوله تعالى
فان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وان تزوج عبد حرة باذن مولاه تعلقت
النفقة برقبته فيباع فيها مرة بعد اخرى لان النفقة تتجدد وجوبها فيكون في حكم دين حادث
فلو مات سقطت لفوات محل الاستيفاء وقيل ان قتل العبد تجب النفقة في قيمته والصحيح انه يسقط
فيها ايضا لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت والنفقة صلة تبطل بالموت قبل
القبض كذا ذكره القدوري او تزوج حر امة فان بوأها مولاها منزلا اي خلا بينه وبينها في منزله
ولا يستخدمها وجبت النفقة على الزوج حتى لو استخدمها المولى بعد التبوية سقط والعبد والمكاتب
والمدبر كالحر في هذا الحكم والمدبرة وام الولد كالامة كذا في المحيط والا اي وان لم يبوئها فلا نفقة لها
وان بوأها بعد الطلاق نحن منعنا الوجوب اي وجوب النفقة وقال زفر رحمه الله تجب النفقة لانها صارت
محبوسة بحقه فتجب النفقة ولنا انها لم تستحقها عند الطلاق فلا تستحقها بالاحتباس بعده وتسقط النفقة
عن الزوج بكل فرقة جاءت منها اي من المرأة بمعصية كالردة بالاجماع قيدنا بالنفقة لان السكنى لا تسقط
باي فرقة كانت لان القرار في البيت لا يسقط عنها بالمعصية حتى لو خالعها على ان لا سكنى لها عليه
ولا نفقة يسقط النفقة دون السكنى لانه حق الشرع كذا في المحيط فعليه ان يسكنها في دار مفردة بين قوم
صالحين ما يكفيها موضع الوضوء او غيره وله غلق عليه حائل حتى لا يطلع عليه ولحاجتين اهل الدار الا ان يحتاج
ذلك كذا في النوازل ولو كانت الفرقة بمعصية من جانب الزوج فلها النفقة ان كانت مدخولا بها ولو كانت
الفرقة بدون المعصية من جانبها كخيار العتق والبلوغ والتفريق بعدم الكفاءة لا يسقط بها نفقتها
لانها حبست نفسها بحق فصارت كما لو حبست لاستيفاء المهر الاصل في الفرقة اذا جاءت من قبل الزوج
بفعل مباح او محظور تستحق النفقة والسكنى وان وقعت من قبل المرأة ان وقعت بفعل مباح
كخيار البلوغ فكذلك وان وقعت بفعل محظور كالردة لا تستحق النفقة وتستحق السكنى ولو كانت

الفرقة بها بعد الطلاق كما لو ارتدت بعد كونها مطلقة ثلثا فيسقط نفقتها ايضا فسقوطها ليس لعين الردة
بل لانها تخرج من بيت الزوج للحبس لو لم تخرج فلها النفقة ولو عادت المنكوحة المرتدة بعد ما جاءت الى
الاسلام لا تعود النفقة بعد ما حبست وعند الشافعي واحمد رحمهما الله تعود بالاسلام كذا في الينابيع ولو
اسلمت المعتدة المرتدة بعد ما حبست تعود النفقة بالاجماع والفرق ان الفرقة في المنكوحة وقعت من
قبلها وفي المعتدة لم تقع من قبلها بل وقعت من قبلها وفي المعتدة لم تقع من قبلها بل وقعت بالطلاق ولكنها
سقطت بالحبس فاذا زال المانع عادت وتقبيل ابن زوجها مضاف الى المفعول والفاعل محذوف اي تقبيل
الزوجة ابن زوجها في الملك ولو كانت معتدة عن الطلاق الرجعي وقبلت ابن زوجها لان الملك باقية فزال
من قبلها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا يسقط النفقة وان مكنت نفسها في العدة لم يسقط ولو
كانت المعتدة مبتوتة فلها النفقة لان الفرقة وقعت بالطلاق ولا تأثير لفعلها ولو قبلها ابن زوجها
وقال لم يكن ذلك عن شهوة صدق الا ان يكون مع انتشار الالة كذا في المنتقى وفي الامالي لو قبلت
ابن زوجها وقالت كانت عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق ويسقط النفقة بحبسها القاضي
في دين كان عليها بالاجماع ويسقط نفقتها باخذ غاصب فذهب بها كرها لان الاحتباس لم يكن
من جهة الزوج وان لم يثبت من جهتها وبحجها اي بحج الزوجة بحرم نفقتها لا مع زوج معها سقط
نفقتها عند ابي حنيفة رحمه الله ويخالفه ابو يوسف ابا حنيفة رحمهما الله لانها مشغولة لاداء الفرض ولنا ان احتباسها
عليها فات من جهتها فيسقط نفقتها ايضا اذا حجت بعد تسليم نفسها ولو حجت قبله فلا نفقة بالاجماع ولو كان الزوج
معها في السفر لم يسقط نفقتها بالاجماع ولو مرضت في منزل اي في منزل الزوج لم تسقط نفقتها لان الاحتباس
المفضي الى بعض المقاصد قائم وهو استئناسه بها وحفظها منزله وغير ذلك والمانع من الاستمتاع عارض فاشبه
الحيض ولو مرضت في منزلها فلا نفقة لها فذكر في الذخيرة ان مرضت في منزلها فلها النفقة لانها غير
مانعة نفسها من الزوج بغير حق واذا قضى القاضي على الزوج بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم القاضي
نفقة اليسار بالزيادة او بالعكس اي قضى لها بنفقة اليسار ثم اعسر زوجها فنفقة المعسر اي فنفقة العسر
واجبة لان القضاء بالنفقة كان باعتبار حاله فيتبدل بتبدل حاله ونحن نسقطها اي نفقة الزوجة
عن الماضي اي عن زمان لم ينفق الزوج فيه عليها الا بالفرض وتقدير من القاضي في ذلك الزمان الماضي فان صح النفقة
لا يسقط او صلح بان يكون بتراضي الزوجين بالصلح بالبدل عن النفقة الماضية على مقدار معلوم فلا يسقط
فيلزم القاضي بالمفروض وما صالحا وقال الشافعي رحمه الله لا تسقط وهو قول مالك واحمد رحمهما الله لان النفقة بدل
عن الاحتباس اياها فيكون دينا عليه بلا قضاء ولا رضا كالاجرة ولنا ان هذه صلة تجب بالكفاية عند الاحتباس

كرزق القاضي والمفتي في بيت المال والصلة لا تملك بالتسليم حقيقة او يتأكد بالقضاء او الرضا وتحن
تسقط ايضا بموت احدهما بعد القضاء مدة فاذا قضى القاضي على الزوج بنفقة ومضى عليه مدة فمات او ماتت تسقط
نفقة هذه المدة وقال الشافعي رحمه الله لا تسقط وكذا الخلاف فيما اذا اصطلحا عليه لانها دين عليه فلا تسقط ككسائر
الديون وكنا انها صلة وان تأكدت بالقضاء لكن لم يتم بدون قبضها فحكمنا ببقائها حالة الحيوة نظرا الى التأكد
وحكمنا بسقوطها نظرا الى عدم تمامها عملا بالدليلين هذا اذا فرض القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة
اما اذا امرها بالاستدانة عليه لا يسقط النفقة بموت احدهما هذا هو الصحيح لان للقاضي ولاية عامة ولو استدانتها
عليه بامر القاضي كاستدانة الزوج فلا تسقط بالموت كذا في النهاية ولو عجل الزوج نفقة سنة ثم مات او ماتت لم يجز
الاسترجاع بحسابه وهو قول الثالث كذا في العيني فتحسب لها نفقة ما مضى الى وقت الموت سواء كانت النفقة قائمة
او مستهلكة ويأخذ الورثة ما بقي منها وقال لا يسترجع عنها بشيء وكذا الخلاف في الكسوة لانها كانت صلة
تصل بها بقبضها فصارت كالهبة المقبوضة فلا يرجع بها بعد الموت ولنا ان نفقتها كانت عوضا عن احتباسها
فيبطل العوض بقدر ما فات المعوض واذا اتت المبانة بولد لاكثر من سنتين ولم تقر بانقضاء عدتها وقد
استوفت النفقة اي اخذت نفقة العدة في هذه المدة يفتي ابو يوسف رحمه الله بعدم الرد اي رد النفقة
عن ستة اشهر وقالا ترد عليه نفقة ستة اشهر لان حملها يحمل على الزوج لا على الزنا حملا امرها على الصلاح ولذا
انها معتدة ظاهرا لم تقر بانقضاء عدتها وحملها ان كان من زنا لا يبطل نفقتها وان كان من زوجها
بزوج اخر يبطل لان تزوجها كاقرارها بانقضاء عدتها فلا يرد المأخوذ بالشك ولا تفرق الزوجة
بالاعسار اي باعسار زوجها الحاضر اي بعجزه عن نفقتها بل تأمر الزوجة اداء النفقة بالاستدانة اي بقرض
الدراهم او الدنانير لتشتري النفقة وذكر الخصاف ان تفسير الاستدانة على الزوج وهو الذي بالنسبة
ليقضي الثمن من مال الزوج لتحيل المرأة اداء النفقة عليه اي على الزوج بذلك الدين او يرجع به على تركته ان مات
وليس فائدة الامر بالاستدانة بعد فرض اثبات حق الرجوع للمرأة على الزوج ان بعد فرضه صارت النفقة
دينا على الزوج ويثبت لها حق الرجوع بالنفقة عليه سواء اكلت من مال نفسها او استدانت بامر القاضي ولكن فائدة
الامر بالاستدانة انها اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فلرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج وبدون الامر
فالاستدانة على المرأة ثم المرأة ترجع بما فرض لها القاضي على الزوج كذا في الكافي واما اذا تزوج المعسر معسرا
ولها ابن موسر من غيره او اخ موسر يؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها او يرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس كل منهما
اذا امتنع كذا في شرح المختار وكذا ينفق على اولاده الصغار المعسرين كان يجب عليه نفقتهم لولا الاب ثم يرجع به على الاب
اذا ايسر ويحبس كل منهما اذا امتنع كذا في شرح المختار وكذا ينفق على الاولاد الصغار المعسر من كان يجب عليه نفقته لو كان

الاب معسرا ثم يرجع به على الاب اذا ايسر بخلاف ولاد الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا يجب مع الاعسار
فكان كالميت كذا في التبيين ولو استدانت بغير امر القاضي ليس لها اخذه ولا الرجوع وقال الشافعي
يفرق ان طلبته وهو قول مالك واحمد رحمهم الله كذا في العيني لانه عجز عن امساكها بالمعروف فينوب القاضي منابه
في التسريح باحسان ولنا ان في التفريق بطلان حق الزوج بالكلية وفي الاستدانة رعاية للحقين فيصار
اليها لا الى التفريق وقال صاحب المحرر في المذهب الشافعي رحمه الله اذا اعسر الزوج بالنفقة فاصح القولين ان
للمرأة ان تختار بين ان تصبر وترضى بكونها دينا في ذمته وبين ان تطلب الفرقة والفسخ ولا تحقق الامتناع
مع اليسار في الغيبة بالاعسار في النفقة في اظهر الوجهين وفي الوجه الاخر يجريان فيها لو غاب وهو موسر في الغيبة
ولا يوفيها حقها وهل يتنجز الفسخ او يمهل ثلثة ايام فيه قولان اصحهما الثاني فاذا انقضت الايام الثلثة فلها
الفسخ صبيحة اليوم الرابع ان لم يسلم النفقة وان سلمها لم يجز الفسخ لما مضى من الايام بلا نفقة ووجد نفقة الثالث
وسلمها فان عجز في الرابع يستانف المدة واستحسن علماؤنا ان ينصب القاضي نايبا شافعيا في المذهب يفرق
بينهما لان دفع الحاجة الدائمة لا تتيسر بالاستدانة ولا يوجد من يقرضها وغنى الزوج امر موهوم فالتفريق صار
ضروريا اذا طلبته كذا في الصدر الشريعة فاذا اخذ المالكي في ذلك شيئا لا ينفذ قضاؤه عند الكل لان القضاء
فيما ارتشى باطل عند الكل واذا لم يكن اخذ شيئا جاز تفريقه وان كان الزوج غايبا او رفعت الامر الى القاضي واقامت
البينة ان زوجها الغايب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي ان يفرق بينهما فان كان القاضي حنفيا لا يفتي
وان كان شافعيا وفرق قال شايخ سمرقند رحمهم الله جاز لانه قضى في الفصلين التفريق بسبب العجز والقضاء
على الغايب فكان مما يجتهد فيه وعندنا القضاء على الغايب لا يجوز ولكن لو قضى ينفذ قضاؤه في ظاهر الروايتين
عن ابي حنيفة رحمه الله فجاز التفريق وقال ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق في مذهب الشافعي رحمه الله هكذا ذكره
في فتاوى قاضي خان وذكر في الملتقط صدر الاسلام الصحيح انه لا يصح قضاؤه اذا العجز لا يعرف حالة الغيبة
وانما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله اذا ثبت الشهود بعجزه لم يثبت لان المال
غاد ورائح كذا في خزانة الفتاوى وقد علم مما نقلنا من كتب الشافعي رحمه الله ان الاعتبار لوصول النفقة اليها لا
في عجزه ويؤيد ذلك ان الشهادة يجوز بالستفيض للاعسار حتى يرتب عليه المدعى عليه وفي المهذب من كتب الشافعية
لو غابت الزوج وانقطع خبره لم يثبت الفسخ لان الفسخ يثبت بعيب الاعسار ولم يثبت الاعسار وعن اصحابنا من ذكر فيه
وجها اخر انه يثبت الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار واذا كان للغايب مال او وديعة
او مضاربة او دين على الغير علم القاضي به اي بالمال وبالنكاح او اعترف بهما اي بالمال والنكاح من هو في يده
المال وكذا لو كان للغايب مال حاضر في منزله او واولي في بيت تعرض فيه القاضي نفقة زوجته وولده الصغير ووالديه

اذا كان من جنس حقهم وكذا للغايب مال حاضر في منزله بل هو اولى اما الفرض اذا علم القاضي فلان علمه حجة يجوز
له القضاء في محل ولايته واما اذا اعترفوا بالمال والنكاح فلانهم اقروا بان لها حق الاخذ في ايديهم واقرار صاحب
اليد مقبول لا سيما في حق نفسه فيتعدى القضاء عليهم ولا ثم سرى الى الغايب الفرق بينها وبين الدين انها واجبة
قبل القضاء وكان لها اخذها بدونه كما في مال حاضر للغايب فيكون القضاء اعانة لها لا قضاء لان القضاء الزام
امر لم يكن لازما قبله فلا يكون هذا القضاء قضاء على الغايب ليكون كساير الديون ولهذا قيد بنفقة الزوجة
والولد والوالدين احترازا عن نفقة ساير المحارم لان نفقتهم انما تجب بالقضاء لان وجوبها مجتهد فيه فيكون
القضاء بنفقتهم قضاء على الغايب وهو غير جائز ولو انكر المودع او المضارب لا يفرض القاضي ولا ينصب خصما
المراة فيه لان المودع لا يكون خصما عن الغايب كذا لو كان المال من خلاف جنس النفقة بان لا يكون المال نقدين
او طعاما او كسوة لا يفرض فيه لانه انما يصرف في حقهم بواسطة البيع ولا يباع مال الغايب اتفاقا اما عند ابي حنيفة رحمه الله
فلانه لا يرى البيع على الحاضر المديون فعلى الغايب اولى واما عندهما فانما يرى البيع على الحاضر فلان امتناعه
عن البيع وامتناع الغايب غير معلوم ويحلفها القاضي المراة على انها ما استوفت النفقة وعدم وجود
مزيل النفقة منها كالنشوز وغيره وياخذ منها كفيلا بها اي النفقة نظرا الى احتمال ان يحضر ويقيم بينة
على طلاقها او اعطاء نفقتها وان لم يكن مال للزوج الغايب فلم يعلم القاضي بالنكاح فاقامت الزوجة البينة
على الزوجية لتفرض القاضي النفقة لها اي للزوجة نحو ردنا اي بينتها لان خصمها غايب وقال زفر رحمه الله
يسمع القاضي البينة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكر في المتن كذا في النهاية ويامرها بالاستدانة
لترجع على الغايب ان حضر وعلى تركته ان مات وهو قول ابي يوسف رحمه الله في حق فرض النفقة ولا يقبل في حق
النكاح حتى لو جاء الزوج وانكر النكاح ولم يبرهن الزوجة يلزم النفقة وهو قول الثلثة كذا في العيون
اذ لا ضرر فيه على الغايب فان حضر وصدقها او اقامت البينة او نكل عن اليمين فقد اخذت حقها وان حلف
يضمن هي وكفيلها والمختار للفتوى اي قبول البينة لفرض النفقة دون النكاح وعليه فتوى المتاخرين على
قول زفر رحمه الله وعليه عمل القضاة في زماننا لاحتياج الناس اليه واستحسنه اكثر المشايخ رحمهم الله ولو كفل عنه اي
الرجل عن الزوج بالانفاق كل شهر يلزمه ابو يوسف رحمه الله الكفيل بالانفاق عليها ما دام النكاح قائما
بينهما لانه التزم نفقة كل شهر فيواخذ به كما لو قال تكفلت ما دمتما زوجين بالاجماع حتى لو طلقها يلزمه
نفقة العدة لانها في حكم نكاح كذا في النوازل فالزماه بشهر اي بنفقة شهر واحد لان الشهر الاول معلوم فيصح
وما وراءه مجهول فلا يصح بخلاف ما ذكر فان فيه مدة ولو ابرات الزوج عن نفقتها ابدا فالبراءة باطلة ولو
ابرات عن النفقة المفروضة لها كل شهر صح الابراء من نفقة الشهر الاول دون ما سواه ولو طلبها كفيلا لنفقة عنه

ولو قالت الزوجة للقاضي ان زوجي هذا يريد ان يغيب فخذ لي منه كفيلا لنفقتي لا ياخذ كفيلا كما في
الدين المؤجل عند ابي حنيفة رحمه الله لان طلب الكفيل بما لم يجب عليه غير معتبر ويامر ابو يوسف رحمه الله بالنفقة شهر
فياخذ كفيلا من الزوج بنفقة شهر رعاية لحقها احتياطا وانما قدر بشهر لانه ادنى الاجل في السلم وما دونه
في حكم الحال وان ضمن نفقة سنة جاز وانما تجب بعد القيام بسببه كذا في البزازية وقيل هو اي قول ابي يوسف رحمه الله
المختار للفتوى ولو علم انه يمكث من ذلك تكفل عنه على ذلك القدر ويسكنها الزوج زوجته في دار مفردة
لا يشاركها احد من اهلها حتى لو كان ذلك غيرها فلها ان يسكنها لانها لا تامن منه على متاعها الا اذا اختارت
فاذا اختارت الشركة في السكنى فقد رضيت باسقاط حقها ويجوز للزوج منع اهلها من الدخول عليها وقيل
لا يمنعهم من الدخول بل يمنع من البيت عنده خوفا من الفتنة لا من النظر والكلام لان في المنع منها قطيعة الرحم
وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ودخولهما اليها كل جمعة ولا يمنع غيرهما اي غير الوالدين من المحارم
كل سنة وتجب النفقة على الاب في جزء لولده الصغير الفقير والاناث المعسر لا يشاركه فيها احد ولا يسقط
بفقره كذا في النوازل وان كان مع مخالفة الدين بان يكون امه مسلمة وتبع الولد لها في الاسلام والاب
كافر لانه جزء فهو في منزلة نفسه كزوجته اي كما يجب نفقة زوجته مع مخالفة الدين قاطعنا وان فطم
لم يوجبوا على الام ارضاعه اي لا يجبر على ارضاع الولد وان لم تكن الام شريفة وقال مالك رحمه الله تجبر الام على
ارضاع الولد اذا لم يكن شريفة لانها لو لم تجبر على الارضاع لتضرر الولد واما الشريفة فيتضرر بالجبر
على الارضاع اكثر من تضرر الولد فلا تجبر ولنا قوله تعالى لا تضار والدة بولدها وفي اجبارها على الارضاع
اضرار بها فلا تجبر مطلقا واما ضرر الولد فيندفع بارضاع الظئر الا ان يتعين الام بان لا يرضع الصبي
بغيرها او لا يوجد مرضعة غيرها فيجبر عليه صيانة للولد وكذا تجبر اذا كان الاب معسرا ولم يكن للولد
مال وتجعل الاجرة دينا عليه كالنفقة ويستاجر الاب اي يوجر من يرضعه لان الاجرة عليه عنده اي عند
الام اذا ارادت ذلك لان الحضانة لها ولكن لا تجبر لا استيجار زوجته ومعتدته لارضاع ولده منها
اي من زوجته ومعتدته وقال الشافعي رحمه الله يجوز وعن احمد رحمه الله يجوز لو معتدة لان ارضاعه ما لم يجب
عليها صارت كالاجنبية فجاز استيجارها ولنا ان عقد النكاح لاقامة مصالح البيت ومن جملتها الارضاع
ولده الا انها لم تجبر عليها لاحتمال عجزها عنه فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فتبين ان الفعل واجب
عليها فلا يجوز استيجارها لان الاستيجار على فعل واجب لا يجوز كاستيجار المولى عبده وكذا معتدة عن
رجعي لان النكاح قائم واما معتدة عن باين فكذا في رواية لان بقاء احكام النكاح في المبانة كوجوب النفقة
وعدم جواز دفع زكوته اليها كبقاء النكاح وفي رواية يجوز لالتحاقها بالاجنبيات واذا انقضت عدتها جاز

استيجارها وتقدم الام على الاجنبية لان حق الحضانة لها فهي احق الا ان تطلب زيادة اجرة على اجرة غيرها في الارضاع
فيقدم على الام لئلا يتضرر والاب يجب النفقة على الولد مذكرا كان او مؤنثا الموسرين بالسوية في ظاهر
الرواية وهو الاصح ولا يشترط العجز عن الكسب فيهما كذا في النوازل ويجب للاصول الفقراء اي لا يشاركه الولد
احد في نفقة اصوله وان خالفه في الدين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فان نزولها في حق الابوين
الكافرين كذا في النوازل وقيل يجب نفقة الابوين على الولد المذكر والانثى على قدر ارثهما لقوله تعالى للذكر
مثل حظ الانثيين وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله تعالى وعلى الوارث وان كان الاصول اغنياء
فلا يجب نفقتهم عليه بل على حالهم ونفقة الوالد على الابن الموسر واجب قدر على الكسب او لا بخلاف الابن المعسر
اذا قدر على الكسب لا يلزم نفقته على الاب الموسر كذا في الاصل واذا كان الاب والابن معسرين لا يجب لاحدهما
على الاخر نفقة كذا في البزازية وجاز للاب بيع عروضه اي عروض ولده الكبير بقرينة قوله وهو
غايب فيها لان غيبة الصغير وحضوره لا يعتبر اذ لا ينافيه فظهر انه لا يكون بيانا لما له الجائز
بيع الاب عروض ولده الصغير بالاجماع العروض هي لا يدخل فيها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا
ولا عقارا كذا في الصحاح والمراد هنا جميع المنقولات فيبيع الاب ثم ياخذ نفقتهم من ثمنها لكونه من جنس
نفقتهم والحال انه مولى لولده الغايب فيها اي من العروض وقالا لا يجوز لان ولاية الاب انقطعت
عن ولده بالبلوغ فلا يكون بيع عروضه كما لا يملكه حال حضرته وهذا هو القياس وله ان الولاية وان
زالت لكن بقي اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد في جارية ولده الكبير والعين يخشى عليها الهلاك و
حفظ ثمنها ايسر فيجوز له الحفظ فاذا باعها فصار ثمنها من جنس حقه فله الاستيفاء منه فيعلم اخذ
نفقتهم ولا يجوز بيع عروضه لاداء ساير الديون وكذا لو كان الولد حاضرا لا يجوز بيعها وكذا لا يبيع الام
وساير محارمه عروضه ايضا ويمنع الاب من بيع عقاره اي عقار الولد البالغ لان بيعها ليس من الحفظ
لانه محصن بنفسه فلا يملكه الاب لكن بطلت الولاية وهو عند صغر الولد او جنونه لا يكون من جنس حقهم
واما بيع عقار ولده الصغير فجائز لكمال ولايته عليه وذكر في الاقضية ان الام ايضا يملك البيع كالاب
وفي ظاهر الرواية لا كذا في البزازية فان كان لهما اي لوالدي الولد الغايب من جنس حقهم في يد ابويهم
يضمنا بالانفاق لانفسهما لانهما استوفيا حقهما منه ولو كان الصغير الغايب يامر الاب لا انفاق
من ماله حتى يرجع على الولد لو حضر فان انفق بلا امر القاضي لا يرجع في الحكم الا انه اشهد ونوى ان
يرجع بينه وبين الله تعالى كذا في البزازية او كان المال في يد اجنبي فانفق عليهما اي على ابوي الغايب
ذلك المال بغير اذن الحاكم ضمن لانه تصرف في مال الغير بلا ولاية عليه فلا يرجع بما ضمنه عليهما لانه ملكه

بالضمان فصار متبرعا بما دفعه ولا رجوع للمتبرع واما اذا انفق باذن الحاكم فلا ضمان لان للحاكم ولاية عامة
وفي النوادر اذا كانوا في مكان يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وعلى هذا لو مات بعض الرفقة
في السفر فباعوا اقمشته وجهزوه بثمنها ورد الباقي عليه فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا وان مضت مدة بعد القضاء
لهم اي للولد والوالدين ولذي الارحام بها اي بالنفقة وهو متعلق بالقضاء ولم يعط النفقة لهم سقطت
نفقتهم لانها وجبت كفاية لحاجتهم ولهذا لا يجب اذا ايسروا ويسقط النفقة وهذا اذا طالت المدة
واما اذا قصرت لا يسقط بخلاف نفقة الزوجة حيث لا يسقط بعد القضاء بمضي المدة لانها تجب لكونها محتبسة
في منزل الزوج ولهذا تجب مع يسارها وفي الذخيرة نفقتهم ما دون الشهر لا يسقط لانه لو سقطت بالمدة
اليسيرة لما امكنهم استيفاؤها فقدروا الفاصل بالشهر وفي الحاوي نفقة الصغير يصير دينا بالقضاء
دون غيره ولو ضاعت نفقتها او كسوتها لا تجب نفقة اخرى لعدم اعتبار الحاجة في حقها ولهذا يستحق المراة
النفقة مع الغنى ولو ضاع نفقة الاقارب قبل مضي الوقت يفرض لهم نفقة اخرى لتحقق حاجتهم ولهذا لا يستحقون
النفقة في الغنى كذا في التبيين الا ان ياذن لهم القاضي في الاستدانة فيستدانوا فحينئذ لا يسقط لان اذن القاضي
بالاستدانة كاذن الغايب فيصير دينا في ذمته قال في شرح المبسوط وان كان هذا في ذي رحم محرم فانفق
على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضي لم يكن له ان يرجع على الذي فرض له عليه بشيء لما مضى لما بينا ان
المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم بمضي الوقت فلا يصير النفقة دينا واورد في باب الزكوة من
الجامع ان نفقة ذي رحم محرم يصير دينا بقضاء القاضي وانما اختلف باختلاف الموضوع فموضوع المسئلة
هنا فيما استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فيكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع
المسئلة فيما انفق من مال نفسه او من صدقة تصدق عليه والحاجة لا يبقى بعد مضي المدة وتجب
نفقتها لكل ذي رحم محرم مسلم فقير مع صغر او انوثة او زمانة او عمى على اهلية قدر الميراث سواء كان وارثا
بالفعل او لا حتى لو كان خال وابن عم فنفقته على خاله لكونه ذا رحم محرم مع ان الميراث لابن عمه ونفقة
غير المحرم لا تجب اتفاقا وقال الشافعي رحمه الله لا تجب نفقتهم في غير الولاد وهو قول مالك رحمه الله وعن احمد رحمه الله
لقريب وارث كذا في العيون لنا فيه ان ذوي الارحام لا جزئية بينهم فلا يجب نفقة بعضهم على بعض كبني الاعمام ولنا
قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك وقراءته كروايته وفي لفظ الوارث اشارة الى ان النفقة
على مقدار الميراث كما لو كان لمعسر اخ لاب وام واخ لام فسدس نفقته يكون على الاخ لام وباقيها على الاخ لاب وام واهلية
الارث ونفقته خالف الدين المحرم لا يجب اتفاقا وانما يستحق النفقة اذا كان عاجزا عن الكسب ولو كان قادرا
على الكسب لا يجب النفقة بالاجماع ولهذا قالوا لو كان طالب العلم غير مهتد الى الكسب فنفقته على الاب اذا كان مشغولا

بالعلوم الشرعية لا بالخلافيات الركيكة وهذيانات الفلاسفة وله رشد والا لا يجب وكل من تحلى بصفات الكمال
من غير الجانب في الاتفاق تكيف الاباء كذا في البزازية وان كان صحيحا وانما اعتبر هذه الاوصاف في غير الوالدين
والولد كما مر لان في نفقتهم يعتبر الفقر فقط في ظاهر الرواية حتى لو كان قادرا على الكسب يجبر الابن على انفاقهما
وينفق الاب على ابنه الكبير الزمن او المريض وبنته البالغة سواء كانت بكرا او ثيبا الثلثين وتنفق الام
الثلث لان ميراثهما على هذا المقدار وهذه رواية الخصاف وفي ظاهر الرواية النفقة كلها على الاب لان الولد
لا رضاع وله لا يشاركه احد كذا في النفقة وكذا الجد بعد موت الاب وان كان حيا لكنه معسر والجد موسر تقضى
على الجد بان ينفق عليه ويرجع في ذلك او يكون دينا على والده والصغار الذكور اذا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا
الحلم يدفعهم الاب الى عمل ليكسبوا او يؤاجرهم وينفق عليهم من اجرتهم او كسبهم واما النساء فليس له ان يؤاجرهن
في عمل او خدمة كذا في البزازية والجد الصحيح بمنزلة الاب والجد الفاسد بمنزلة الاخ كذا في النوازل تكلف الاب النفقة
ولده ولا يجبر في سائر ديونه ولده لان فيه ايذاء الاب ولا يجب على الفقير نفقة اقاربه ويجب نفقة الزوجة وولده
الصغير مع الفقر حتى لو كان عاجزا عن الكسب يستعد [illegible] وينفق على ولده وزوجته وبعض
المشايخ قالوا نفقتهم في هذه الصورة في بيت المال فيشترط ابو يوسف رحمه الله في سائر [illegible] ملك نصاب
محرم ذلك النصاب على ملكه الصدقة وهو مقدار نصاب فاضل عن الحوائج الاصلية بلا اشتراط نماء تقدم في
فصل مصارف الزكوة ويفتى به اي بقول ابي يوسف رحمه الله لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكوة
لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم تشترط في صدقة الفطر غنى موجب للزكوة وهي
صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكوة وهي صدقة وصلة من كل
الوجوه اولى وقدره محمد رحمه الله بمن يجب عليه نفقة اقاربه بالفاضل عن نفقة نفسه وعن نفقة عياله شهرا وهو رواية
ابن سماعة في نوادره او قدره بالفاضل عن كسبه في رواية كل يوم حتى لو اكتسب كل يوم [illegible] وكذا الفتيا يجب صرفه الى القريب
لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب المقدر وفي الجناس شرط نصاب الزكوة قال
الصدر وبه يفتى وتنفق المولى على عبده وامته فان امتنع المولى عن انفاقهما ولهما كسب انفقا منه نظرا للمولى و
ابقاء لملكه والا اي وان لم يكن لهما كسب لكونهما [illegible] اجبر المولى على بيعهما وندب ان يطعمه مما ياكل ويلبسه مما
يلبس كذا في العيون وكذا الحكم في سائر الحيوانات عند ابي يوسف رحمه الله وهو قول الثلث قياسا على الرقيق كذا في العيون
واما في ظاهر الروايات فلا يجبر مالكها على انفاقها ولا على بيعها لان اجبار القاضي نوع قضاء والقضاء يقتضي مقضيا له
سوى من اهل الاستحقاق والدابة ليست من اهل الاستحقاق ويامر على انفاقها ديانة وان لم يامر قضاء كذا في العيون وهذا
اذا لم يكن الدابة مشتركة فلو كانت فالقاضي يجبر الشريك الممتنع على انفاقها او على بيع نصيبه رعاية لجانب الشريك

الآخر من اهل الاستحقاق كذا في المحيط **فصل** في الحضانة وهي تربية الولد وهي ماخوذة من الحضن
وهو ما دون الابط الى الكشح وحضن الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه فكان
المربي للولد يتخذه في حضنه والى جنبه ولما كان الصغير عاجزا عن النظر في مصالح نفسه اقتضت عناية الله تعالى
ان وكل ذلك الى من يقوم الامر به ففوض الولاية في الاموال والعقود الى الرجال لانهم اقوم بذلك واعرف و
اقدر عليه وفوض التربية الى النساء لانهن اشفق عليه واقدر على التربية ولهذا قدمنا الام على الاب فيقدم الام
مسلمة كانت او ذمية على الاب في الحضانة حال قيام النكاح وبعد الفرقة لما روي ان عمر رضي الله عنه طلق زوجته
ام عاصم [illegible] ابي بكر رضي الله عنه ينزع عاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه ريحها خير من شهد وعسل
عندك وفي رواية ريقها خير له يا عمر فدعه عندها حتى يشب وفي رواية دعه لريحها خير له من شهد وعسل
عندك والاصل فيه حديث عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
يا رسول الله ان ولدي هذا قد كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وان اباه يريد ان ينزعه مني فقال عليه السلام
انت احق به ما لم تتزوجي وان طلبت فلو لم تطلب الحضانة لا يجبر عليها لاحتمال عجزها وفي رواية عن [illegible] يجبر وان
امتنعت واختاره بعض اصحابنا كذا في العيون هذا اذا كان للولد ذات رحم محرم سوى الام فان لم تكن تجبر الام لئلا
الاجنبية لا شفقة فيفوت الولد وكذلك كل من كان لها حضانة لا يجبر على الحضانة ثم امها اي ام الام و الاصل
ان الولاية مستفادة من جهة الامهات ثم ام الاب وعن احمد [illegible] ام الاب احق من ام الام ونحن قدمنا ام الام
على الخالة تقدم وقال زفر رحمه الله الخالة تقدم على ام الاب لقوله عليه السلام الخالة ام ولنا انها اصل الولد وتولد
منها بواسطة ابنها فيكون اولى من اخت الام وما رواه يدل على شفقتها لا على تقدمها ثم الاخت لابوين اي الاخت
لاب وام وقال زفر رحمه الله الاخت لاب وام والاخت لام سواء لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما في ذلك سواء
ولكنا نقول ان ذات القرابتين يكون اقوى ثم الاخت لام ثم الاخت لاب ثم بنت الاخ لابوين ثم بنت
الاخت لاب ثم لم يختلف الرواية في هذا الترتيب واختلف في الخالة والاخت لاب ففي كتاب النكاح قدم الاخت وفي
الطلاق الخالة فعلم من هذا ان الاخت لابوين اولى من الخالة عند الكل واختلفوا في بنت الاخ مع الخالة
والصحيح تقدم الخالة لابوين ثم لام ثم لاب وبنات الاخوات اولى من العمات كذا في البزازية ثم الخالات وعن ابي يوسف رحمه الله
الخالة احق من الجدة لاب وعند الشافعي رحمه الله في الجديد وابي يوسف الاخت لاب احق من الاخت لام ثم العمات تقديما
لقرابة الام على قرابة الاب وينزلن كذلك اي يترتبن كالاخوات فتقدم الخالة لابوين ثم الخالة لام
وهي على الخالة لاب كذلك في العمات والام اذا كان لها حق الحضانة وامتنعت عن امساكها الولد [illegible] تكون
[illegible] لا تجبر والا تجبر كيلا يضيع الولد وكذا الحكم في الخالة وغيرها ولو كان للولد عمة موسرة وام معسرة ارادت
العمة

امساك الولد مجانا لا يمنع الولد عن الام وان كانت تابى وتطالبه بالاجر ونفقة الولد فالصحيح ان يقال للام
اما ان يمسكي الولد مجانا او تدفعي الى العمة مجانا كذا في البزازية ويسقط حق الحضانة اذا تزوجت الام الاجنبي
فيها باجنبي لان الصبي يلحقه الجفاء من زوج امه ولو تزوجت من ذات رحم محرم منه لا يسقط لان قريبه شفقة
ويعود حق الحضانة بالطلاق الا رواية عن مالك كذا في العيون واذا استغنى الغلام الصبي عن الخدمة اي فرغ
من الحضانة بان يأكل ويشرب ويستنجي وحده قيل اي قدره الخصاف بعد استغنائه بسبع سنين وعليه
الفتوى او تسع سنين اي قدره ابو بكر الرازي به كذا يجبر الاب او الوصي او الولي على اخذه لانه اقدر على
تأديبه وتعليمه وعند مالك حتى يحتلم وعنه حتى يثغر كذا في العيون ويمكث الجارية عند الام والجدة من اي
جهة كانت وعن مالك هو اه في الام حتى تنكح ويدخل بها الزوج كذا في العيون حتى تحيض لان الام او الجدة اقدر
على تأديبها بآداب النساء ويمكث عند غيرهما اي غير الام والجدة حتى تشتهي ويمكث الولد المسلم عند الذمية
حتى يخاف ان يألف الكفر فاذا خيف عليه بان يعقل الاديان ويؤلف الكفر فالاخذ منها اولى نظرا له وعند
الثلث لا حق لها عليها كذا في العيون ولا حق للامة ولا لام الولد فيه في حق الحضانة قبل العتق الا عند مالك
فان لهما حق الحضانة قبل لان الحضانة من باب الولاية وليستا من اهلها فاذا عتقتا تكونان كالحرة الاصلية
فتستحقان الحضانة واذا لم يكن لذاي الصبي من اهله امرأة فاختصم فيه الرجال قدم اقربهم تعصيبا
فيقدم الاخ لاب وام على الاخ لاب ثم ابنه على ابن الاخ لاب على هذا الاقرب فالاقرب في ترتيب العصبات ولا
يوضع الانثى عند مولى العتاقة ولا عند عصبة غير محرم ولو لم يكن عصبتها المحرم امينا لفسقه يضعها
الحاكم عند امرأة امينة وان لم يكن له عصبة يدفع الى الاخ لام ثم على ولده ثم الى العم ثم الى الخال لاب وام ثم
لام لان هؤلاء ولاية عند ابي حنيفة بواه في النكاح واذا اجتمع المستحقون الحضانة في درجة واحدة قدم اورعهم
ثم اكبرهم ولا يخرج الاب بولده قبل الاستغناء اي استغنائه ولده من الحضانة لئلا يبطل حق الام في الحضانة
بامرين
لنه ولا يخرج الام من المصر بولده لئلا يتضرر الاب لا تحرم الى وطنها الذي تزوجها فيه فاخراجها بولده متعلق
جميعا كون المقصد وطنها وكون تزوجها فيه فلا يثبت الحكم عند وجود احدهما مثلا اذا تزوج امرأة بالشام
فقدم بها الى الكوفة فولدت منه ثم طلقها وانقضت عدتها فليس لها ان تخرج بولدها الى الشام من غير رضا الاب
حتى لو كان وطنها بالشام لقوله عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولم يكن تزوجها فيه لم يكن من اهل الشام
ليس لها ان تخرج الى الشام وفي الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه
كما يوجب البيع تسليم الثمن في مكان العقد ومن جملة ذلك حق امساكه هنا هذا اذا كان بين المصرين تفاوت
وفعلوا الفاتنا باحيث يمكن ان يطالع ولده ويبيت في بيته والاب يعتبر وكذا كان الجواب في القريتين فلو

١٦٦

فلو انتقلت من قرية الى المصر فلا بأس لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق اخلاق اهل المصر وفي عكسه بان ينتقل من
المصر الى القرية ليس لها ذلك الا اذا وقع اصل النكاح هناك فحينئذ لها ذلك كذا في شرح الطحاوي اي الا دار الحرب
اي ان وطنها في دار الحرب قد تزوجها فيها وهي حربية وبعد ان كان مسلما او ذميا لا يخرج الام بالولد
اليه لئلا يألف الولد الكفر ولو كانا حربيين فلها ذلك

كتاب العتاق

الاعتاق لغة احداث القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة عبارة عن احداث المالكية
والاستبداد للآدمي ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق وبه يصير المرء اهلا للمالكية والقضاء
والولاية والشهادة ونفاذ التصرف وهو يدفع تصرف الغير عن نفسه فيثبت القوة الحكمية وهو الحرية وهو احياء
الميت من وجه والرق نقيضه وهو ضعف شرعي ثبت في المحل فيعجز عن التصرفات الشرعية ولهذا يعقب
الولاء الذي هو كالنسب لان الاب سبب لايجاد ولده فيكون الولد منسوبا اليه والعتق سبب لاحداث
صفة المالكية التي اختص الآدمي بها فصار المعتق منسوبا اليه بالولاء ولهذا ندب الشرع اليه بقوله الولاء
لحمة كلحمة النسب وبيانه في حديث ابن عباس رضي الله عنه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو
منه عضوا منه من النيران ولهذا استحبوا الرجل ان يعتق العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء
بالاعضاء يصح العتق القولي في ملك اي مملوك المعتق رقبته وهو عبارة عن ثبوت معنى في المحل يوجب
اختصاص ذلك المحل بمن ثبت ذلك المعنى فيه واما ملك اليد فهو عبارة عن القدرة على التصرفات الشرعية
على وجه لا يلحقه بالتبعة ولا غرامة كما في الصبي فان ملك الرقبة فيه للصبي وملك اليد فيه لابيه فلا يصح
العبد اذ لكل ذو ان اعتق ملك الغير لا يصح او مضافا اي الى الملك او ملكه بالوصية كما اذا قال
ان ملكت عبدا فهو حر وعند الشافعي رحمه الله لا يصح في الاضافة كما في الطلاق من قادر على التبرع حتى لو اذا
ورث الصبي والمجنون ذا رحم محرم يعتق عليهما بالملك عليه فيجب ان يقيد بما ذكر لان العتق تبرع فلا يصح ممن
لا يقدر عليه كالصبي والمجنون بصريحه اي بلفظ يدل على العتق وضعا كانت حر والتحرير لغة التخليص
يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لا خراج عليها ولا عشر وفي الشريعة عبارة عن
جعل الرقبة خالصة لله تعالى اني نذرت لك ما في بطني محررا اي خالصا له ولو قال انت حر من عمل كذا
لا يعتق في القضاء ولو قال وهبت لك نفسك عتق اي لم يقبل العبد او رده وكذا لو قال بعت نفسك منك لان بيع
العبد من نفسه اعتاق وكذا لو قال تصدقت عليك بنفسك كذا في النوازل او انت معتق او اعتقتك وهذه
الالفاظ موضوعة للاعتاق شرعا وعرفا ولذا لا يستغنى فيها عن النية ولو قال عنيت به الكذب والخلو
عن العمل لا يصدق قضاء الا ان يقال حر لك عن العمل فحينئذ يصدق او قال يا عتيق او يا حر دائما ثبت به العتق

لان النداء بهذا الوصف يقتضي ثبوته واثباته ممكن من جهته فيثبت تصديقا له الا ان يكون علما للمنادى فلا يعتق لان الحر والعتيق اذا كان علما له انما يراد به الذات لا التوصيف حتى لو سماه حرا ثم سماه بآزاد او بالعكس يعتق لانه ما ناداه باسم علمه وقال وجهك حر او راسك او رقبتك او فرجك حر ونحو مما يعبر به عن جميع البدن ولو قال يدك او رجلك حر لا يصح حتى لانه لا يعبر به عن الجملة وكذا اذا قال يدك حر لا يعتق في ظاهر الرواية كذا في النوازل بالكناية اي بلفظ غير موضوع للاعتاق محتمل له ولغيره كلا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك واخرجتك من ملكي وامثالها فانه عدم ملك المولى ونفي عنه يحتمل ان يكون بالاعتاق وبنقل الملك الى غيره ببيع ونحوه ان نوى العتق لان احد المحتملين لا يتعين الا بالنية ومن اعتق عبدا او في يده مال فالمال للمولى لا الثياب التي عليه كذا في النوازل وفي الكفاية ولا يعتق بقوله لا سلطان لي عليك مطلقا نوى به العتق او لم ينو لان السلطان عبارة عن اليد لا يستلزم نفي الملك كما في المكاتب لان للمولى على المكاتب سبيلا وقوله انت لله ليس باعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اعتاق لان اللام للاختصاص وخصوص الملك لله انما يكون بزوال ملك العبد عنه فيكون اعتاقا وله ان العبد قبل هذا القول كان لله لان الاشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق فيكون اخبارا لا انشاء ولو قال لعبده هذا مولاي او قال هو مولاي او قال يا مولاي يعتق لانه وصفه بولاء العتاقة فثبت العتق وان لم ينو كالصريح وان استعمل لفظ المولى في مولى الموالاة وبمعنى الناصر في قوله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم او في معنى ابن العم لقوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي لان هذا لا يحمل على مولى الموالاة لانه عقد ثابت بين اثنين لا ينفرد واحد باثباته ولا على معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ولا على ابن العم لان الكلام مفروض في العبد المعروف نسبه فتحقق بالصريح فيعتق بلا نية ومما يلحق بالصريح قوله وهبتك لنفسك لان هذا يقتضي زوال الملك الى العبد فيعتق بلا نية واما لو قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول لا بيا ابني اي لا يعتق بقوله يا ابني و يا اخي بالنداء عند بعض اللفظين لان المولى وصفه في هذا النداء بوصف لا يمكن اثباته من جانبه في الحال فعلم ان مراده فيه مجرد الاعلام وحمل توصيفه على الاكرام بخلاف قوله يا حر لانه قادر على الحرية فيه فعلم ان مراده استحضاره بتحقيق وصف الحرية فيه وقوله اي قول المولى لعبده لمن لا يولد مثله بمثله اي مثل العبد بمثل المولى لكون العبد اكثر منه سنا هذا ابني اعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس باعتاق وهو قول الثلاثة كذا في الحقائق وعلى هذا الخلاف لو قال له هذا ابي وجدي وقيل لا يعتق في قوله هذا جدي اتفاقا لان موجبه في الملك انما يثبت بواسطة الاب وهي غير ثابتة ولا يتصور تصحيح كلامه في المعدوم ولو كان يولد مثله بمثله عتق عليه بالاجماع وثبت نسبه منه ان كان مجهولا

النسب لا فرق في هذا بين ان يكون مجلوبا او مولدا لان صحة دعوى المولى باعتبار الملك وحاجة المملوك الى النسب كذا في الكافي وكذا لو قال هذا ولدي يعتق في القضاء كذا في النوازل وفي الكفاية هذا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت النسب اذ لو كان ثابت النسب في مولده لا يثبت نسبه من المولى لهما ان الكلام لغو لاستحالة موجبه فصار كقوله اعتقتك قبل ان تخلق بخلاف ما اذا كان غير معروف النسب ويولد مثله لامكان توجيه كلامه بان العبد مخلوق من مائه بالوطء عن شبهة ولكن نسبه اشتهر من الغير من لوازم النسب في الملك والاقرار باللازم اقرار بلوازمه فكانه قال هو ابني وحر فيلغو من كلامه ما يستحيل وهو البنوة ويعتبر ما لا يستحيل وهو الحرية وليس هذا كقوله اعتقتك قبل الملك لان الاعتاق قبل الملك يستحيل بالكلية وعلى هذا الخلاف لو قال لعبده هذه بنتي وقيل فيه اتفاقا لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فالحكم يتعلق بالمسمى وهو معدوم ولو قال لعبده هذا عمي وهذا خالي يعتق ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية لان الاسم المشترك يطلق على المتحد في الدين كقوله تعالى انما المؤمنون اخوة والى المتحد في القبيلة كقوله تعالى والى عاد اخاهم هودا والمشترك لا يكون حجة بدون البيان وان كانت البنوة مشتركا ايضا بين البنوة من الرضاع والبنوة من النسب لان البنوة من الرضاع مجاز حقيقة فلا يعارض الحقيقة هذا اذا ذكر الاخ مطلقا وان قيد بقوله لابي وامي يعتق من غير تردد كذا في الكفاية ولو نواه اي المولى اعتاق امته بانت طالق او بسائر الفاظ الطلاق من الصريح والكناية تعني لا الحكم بناء اي بعتقها وقال الشافعي رحمه الله تعتق لو نوى وهو قول احمد رحمه الله لان بين كلاميه الطلاق والعتاق لازالة نوع ملك فيجوز ان ينوي العتاق من الطلاق كما جاز نية الطلاق عن العتاق في قوله لامرأته انت حرة حتى لو لم ينو يعتق بالاجماع كذا في الحقائق ولنا ان الطلاق موضوع لازالة ملك المتعة وزواله لا يكون سببا لزوال ملك الرقبة ولا يجوز ان ينوي من الطلاق العتاق واما جواز ارادة الطلاق من العتاق فلانه ازالة ملك الرقبة وزواله يكون سببا لزوال ملك المتعة ولو قال لامته انت مثل الحرة لم يعتق بلا نية لان المماثلة لا يستدعي الشركة من جميع الوجوه او قال ما انت الا حر عتق لان في هذا القول اثبات الحرية بطريق الحصر وقوله عبدي او حماري حر اعتاق العبد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس باعتاق لان كلمة او للشك في غير الطلب فلا يعتق غير المعين كما في قوله لعبديه هذا حر وهذا او لان الحمار ليس بمحل للحرية فصار ذكره لغوا كما لو قال على الف وعلى هذا الحمار فتعين العبد للحرية وكلمة او انما يوجب الشك اذا دخلت بين شيئين صالحين للحكم ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه سواء كان المالك مسلما او كافرا صبيا او مجنونا وعن لا تخص الولادة وقال الشافعي رحمه الله هذا الحكم يختص بما اذا ملك الاصل الفرع وان سفل او ملك الفرع الاصل وان علا لان العتق على المالك من اقوى الصلات فيختص باقرب القرابات وهو الولادة لثبوت الجزئية وانما ثبت فيهما لقوله عليه السلام لن يجزي

ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه فيثبت فيهما عملا به على خلاف القياس فلا يثبت فيما عداهما
لامتناع الالحاق لعدم المساواة ولهذا اذا ملك المكاتب اباه او ابنه يكاتب عليه حتى لو ادى بدل الكتابة
عتقا بخلاف ما لو ملك اخاه او عمه فانه لا يكاتب عليه وقالا يكاتب كما في الولاد وفي قرابة الاخوة والاخوات
كذا في العيون ولنا عموم قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وذو رحم كل شخصين يدليان الى اصل
واحد بغير واسطة كالاخوين او احدهما بواسطة والاخرى بغير واسطة كالعم وابن الاخ الى الجد ولانه
ملك قريبه المؤثر في المحرمية التي يفترض وصلها ويحرم قطعها ولهذا وجبت النفقة ويحرم النكاح صونا عن
القطيعة وبقاء الرق اقوى في القطيعة من جريان النفقة عن القطع ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما
او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة واما المكاتب فملكه ناقص ولهذا اذا ملك اخاه لم يكاتب عليه والكلام مفروض
في الملك التام الذي يعتبر للعتق ولا يعتق ذو رحم غير محرم كبني الاعمام والاخوال وبني العمات والخالات
ولا المحرم غير رحم كالمحرمات الصهرية والرضاع ومن اعتق لغير وجه الله كاجل الشيطان والصنم
فالعتاق تارة يكون قربة وطاعة بان اعتق عبده او امته لوجه الله وتارة يكون مباحا ولا يكون قربة وطاعة
كمن اعتق ولم يخطر بباله او اعتقه لوجه زيد وتارة يكون معصية كما اعتق لوجه الشيطان او كان مكرها وعند الله
في الكره لا يعتق كذا في العيون او سكران عتق لان العتق صدر من اهله مضافا الى محله فيعتبر فيلغوا
تسمية جهة واما اعتاق المكره والسكران فكطلاقهما مر بيانه في باب الطلاق ولو اعتق الام عتق حملها
لانه كالجزء منها فيعتق تبعا لها ولا ينعكس بان يعتق الحمل خاصة لا يعتق الام لانه كالمنفصل ولهذا يستحق
الوصية والارث ولا وجه لايقاع العتق عليها تبعا لانها متبوعة والا يلزم قلب الموضوع وانما يعرف قيام الحمل
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق وان ولدت لاكثر منه لم يعتق الا ان يكون معتدة عن طلاق
او وفاة لاقل من سنتين من وقت الفراق فيعتق الحمل لانه يثبت نسبه من ضرورة وجوده وقت الاعتاق
كذا في التبيين ولو اعتق الحمل على الاصح ولا يلزم المال لانه ليس اهلا لالتزام عليه واما هبة الحمل وبيعه فلا يصح
لكون القدرة على التسليم شرطا فيهما والاعتاق اسقاط معنى فلا يشترط القدرة عليه ولهذا صح اعتاق الآبق
ويتبع الولد الام مطلقا اي في الحرية والرقية وامية الولد والتدبير والكتابة وفي الاسلام يتبع خير الابوين
دينا وانما رجح ماء الام على ماء الاب لان ماءها مستقر في موضعه وماء الاب مستهلك غير معلوم منه الولد الا من المولى
فاذا ولدت الامة من سيدها يعتق عليه لان ماءه مملوك له واما امة الغير فمملوك لسيدها فيعارض ماء الاب
فيترجح ماء الام لما ذكرنا وولد المغرور مستثنى من هذا الحكم سبق بيانه في باب النكاح ولو ولدت المكاتبة بنتا
وهي اي تلك البنت ولدت بنتا اخرى فاعتق المولى البنت الوسطى فالسفلى حرة تبعا للوسطى عند ابي حنيفة وقالا

لا يعتق السفلى لانها انما تتبع العليا لان الوسطى تتبع لها والتبع لا يكون متبوعة فلا يعتق السفلى باعتاق
الوسطى وله ان السفلى تتبع الوسطى لانها متفرعة عنها بلا واسطة وتتبع للعليا بواسطة فيعتق بعتق كل
واحدة منها والتبع جاز ان يكون اصلا للآخر كخبر الواحد فانه تبع للكتاب واصل للقياس ولو عتقت العليا
عتقت الوسطى والسفلى لانهما تبعتان للعليا ولهذا تتبعان في كتابتها واعتاق السفلى لا يوجب اعتاق فوقها
بالاجماع ولو قال المولى لامته اول ولد تلدينه حر فماتت به ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا فالثاني حر عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق الثاني لان اول الولد لم يقبل العتق لكونه ميتا ولا يعتق الحي لانه ولد ثان والشرط ولادة
اول ولد والميت ولد حقيقة وشرعا لانه يثبت به امية الولد ويتنجز الطلاق المعلق بولادة اول الولد وله
ان الحرية لا تحل الا في الحي فصار كانه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر حتى لو قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة تعتق
بالولد الميت بالاجماع كذا في الحقايق واذا خرج عبد في دار الحرب الينا اي الى دار الاسلام حال كونه مسلما
عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا الى المسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه قبل الاستيلاء
عليه فبقي على نفسه واعتاق حربي مسلما اي عبده الحربي ثمه اي في دار الحرب باطل عند ابي حنيفة حتى لا يعتق
لو اسلم او صار ذميا وهو عتق فهو عبده ما لم يخل عنه سبيله على صيغة المجهول من التخلية اي ما لم يزل الحربي يده
عن عبده وقالا يعتق لان الحربي اهل للاعتاق والعبد محل فيصح كاعتاق المستأمن عبده الحربي في دارنا وله
ان الاعتاق ازالة وللحربي استيلاء تام عليه لكونه في دار الحرب كما لو اعتق الذمي عبده او اعتق الحربي عبدا
مسلما او ذميا او اعتق المستأمن في دارنا عبدا حربيا يعتق بالاجماع خلى سبيله او لم يخل اذا اعتق الحربي عبده
خلى سبيله في دار الحرب او خرجا اي المولى والعبد الحربيان بعدما اعتق عبده الحربي الى دار الاسلام مسلمين
فجعل ابو يوسف رحمه الله ولاءه لمن اعتقه في دار الحرب لانه سبب وجد منه كما اعتق الحربي عبده المسلم ثم خرجا
مسلمين وقالا لا ولاء له لان العبد الحربي ما دام في دار الحرب لا يلزمه احكام الاسلام ولزوم الولاء من احكامه
واذا خرج الينا فقد خرج ولا ولاء عليه فلا يثبت بعده قياسا على تعدد تحلله الا اذا كان العبد مسلما لان كثيرا
من الاحكام يلزمه في دار الحرب فجاز ان يلزمه الولاء فيستمر عليه بعد الخروج ولو دخل المستأمن عبدا مسلما
اشتراه من دارنا الى دار الحرب اي فيها فهو معتق بغير ولاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وكذا الخلاف في
لو اسلم عبد الحربي ثمه اي في دار الحرب فباعه من مسلم او حربي فيعتق عنده ولا يعتق عندهما لان الملك ثابت فيه
للمولى والعتق انما يثبت باعتاق المولى او باستيلاء العبد على مولاه فلم يوجد شيء منهما فلا يزول ملكه فلا
يعتق وله ان المسلم كان مستحقا للازالة عن ملك المستأمن وزوال ملكه عنه كان ممكنا بالجبر على البيع في المسئلة الاولى
وباعتاقه في المسئلة الثانية فلما تعذر ذلك في الاولى بدخوله في دار الحرب وفي الثانية بالبيع تعين بان يكون طريقا

لانه كامراة الحربي اذا اسلمت في دار الحرب بانت بثلث حيض للتفريق ولو اعتقه على الف اسل لا يعتق لانه حر
على الف او بالف او على ان لي عليك الفا او على ان تعطيني الفا معلوما كان او مجهولا وعند الشافعي رح لا يعتق في
المجهول كذا في الينابيع فقبل العبد وانما شرط القبول لانه كالبيع لانه معاوضة حتى يرتد بالرد عتق في الحال
ولزم المال على المعتق دينا صحيحا عليه فيصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر كالو باع نفس العبد بالف فقبل عتق في
الحال كذا في النوازل بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح الكفالة به لانه يسعى وهو عبد لان المكاتب عبد ما دام بقي عليه
درهم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا ان عقد الكتابة ثبت على خلاف القياس لان القياس ينبغي ان لا يستوجب
المولى دينا على عبده فلما ثبت بخلاف القياس لضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع
ضرورة ولم يتعد الى الكفالة فلا يكون بدل الكتابة دينا مطلقا فلهذا لا يصح الكفالة به او علق باداء اى
علق العتق باداء العبد بان قال ان اديت الى الفا فانت حر صح تعليقه لان العتق من قبيل الاسقاط فيصح
التعليق فيعتق عند الاداء لوجود الشرط ولا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد لانه تصرف يمين كذا في شرح الهداية
ويعتق عند تخليتها اليه وهو تفسير يجبر المولى على قبضه من غير ان يصير العبد مكاتبا حتى لا يسري الى الولد المولود
قبل الاداء كذا في النوازل وعند زفر رح لا يعتق الا بالقبض كذا في العيون وصار ماذونا في التجارة لانه يروم
الاداء انما يكون بها واذا احضر العبد المال يحكم بجبرنا على القبول اى اجبر المولى على قبول المال وقال زفر
لا يجبر وهو القياس لان هذا تعليق بالاداء فكان يمينا فلم يحتمل الفسخ ولم يتوقف على القبول ولنا انه تعليق
جعلي بحرف الشرط لفظا ومعاوضة انتهاء ومعنى وبهذا الاعتبار يجبر المولى على القبول كما في ساير المعاوضات وانما
انتهاء معاوضة في الانتهاء ضرورة دفع الضرر والغرور عن العبد وهذا نظير الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وبيع
كما هو ولو كان العبد والمال كلاهما ملك المولى فصار كالمكاتب جعل العبد احق بالمال قبل الاداء اقتضاء ولكن اذا ادى
بعضه يجبر المولى على قبوله لكن لا يعتق حتى يؤدي الكل كذا في الايضاح وذكر في مبسوط شيخ الاسلام لا يجبر على قبول
البعض لانه انما يجعل كالمكاتب اذا اعتق عند اداء الجميع فلا يصير كالمكاتب قبله ولو قال كاتبتك على كذا من المال
وقبل العبد صحت الكتابة فانه ليس بحرف شرط لفظا فيكون معاوضة ابتداء وانتهاء وبه الفرق بينهما وتجعل
ابو يوسف رح اما التعليق بحرف ان كاذا ومتى فاذا قال ان اديت الى الفا فانت حر لا يقتصر ادا على المجلس كما اذا قال
اذا اديت الي الفا لم يقتصر ايضا فانت حر لو باع المولى ذلك العبد الذي علق عتقه باداء المال ثم اشتراه فاحضره الى العبد
يامر ابو يوسف رح امر باجبار اى باجبار المولى على قبوله لان هذا تعليق لا يبطل بتبدل المجلس كالتعليق باداء
وقال لا يقتصر لان هذا معاوضة انتهاء وفي المعاوضة معنى التمليك والتمليك يقتضي جوابا في المجلس وقبوله لكن شرطا
فجعل ادا في جوابا الخلاف لان متى فانها لعموم الاوقات فلا اقتصار على المجلس في ذلك ومعنى الايجاب هنا وفي

سائر الحقوق ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المولى نزل المولى قابضا
كذا في الصغرى فان ادى الالف في المجلس الذي وجد التعليق فيه عتق وان لا فلا وفي الايضاح لو ادى العبد الالف
من مال المولى عتق لوجود الشرط ويرجع المولى عليه بها لان العوض لم يسلم له او على عتقه على خدمة سنة
بان قال لعبده انت حر على ان تخدمني سنة فقبل العبد ثم مات العبد قبل ان يخدمه سنة بان قال لعبده او اعتق
الذي عبده على قدر من الخمر فقبل العبد فاسلم احدهما رجع المولى بقيمة العبد نفسه في تركته اى تركة العبد في
المسألة الاولى وعليه اى على العبد بقيمة نفسه في المسألة الثانية عندهما وحكم محمد رح بقيمة خدمته
وهو قول زفر رح كذا في الينابيع في المسألة الاولى وبمقداره اى بمقدار الخمر في المسألة الثانية فان
للخلاف فيما اختلف قيمة العبد وقيمة الخدمة لان العبد لما تعذر تسليمه وجب المصير الى قيمته كما لو تزوج
امراة على عبد الغير ولهما ان المولى انما رضي بزوال ملكه اذا حصل له الخدمة او الخمر ولما فات وجب
رد العبد الى ملكه وقد تعذر ذلك بالعتق فيرجع بقيمته ويرجع كالو اشترى جارية بعبد ثم مات العبد قبل
التسليم فعليه قيمة الجارية لا قيمة العبد ولو قال اذا خدمتني سنة فكذا فهذا تعليق على الخدمة سنة فان
خدمه اقل من سنة وتجاوز المولى عما بقي لم يعتق لان الشرط لم يتم وكذا لو قال لو خدمني ولدي سنة فانت حر
فمات المولى قبل مضي السنة لم يعتق ولو قال انت حر على ان تخدمني سنة فقبل العبد والخدمة عليه لانه
اوجب العتق بقبول الخدمة وفي الاول اوجب العتق بوجود الخدمة كذا في المحيط

فصل

في العبد يعتق بعضه والاعتاق اى محل حكم الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتجزى وهو قول
الثلثة وهذا الخلاف مبني على تفسير الاعتاق فعنده هو ازالة الملك فيقبل التجزي وعندهما اثبات القوة
على امر فلا يقبل التجزي لامتناع ان يثبت لبعض العبد قوة ولبعضه ضعف فالعتق والرق لا يتجزيان
بالاجماع وعلى هذا الخلاف في التدبير لانه من جنس الاعتاق لا العتق ومعتق البعض يسعى في بقية قيمته
عند ابي حنيفة رح وعندهما وهو قول الثلثة لا يسعى بل يعتق كله لقوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد
فهو حر كله ومعتق البعض الذي يسعى في اعتاق احد الشريكين للاخر كالمكاتب عنده لان الاعتاق
متجزي واليه بعض العبد احتبس عنده فيسعى لفك رقبته كما يضمن صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا القاه الريح
فيه لاحتباس مالية الصبغ عنده وقالا كالحر المديون وهو قول الثلثة لان الاعتاق غير متجز عندهما
فاعتاق البعض اعتاق الكل فيكون حرا مديونا كالعبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر فانه يسعى في بدل
رقبته الذي لزمه بالعتق وكذا الخلاف في معتق الكل الا اذا كان يسعى لاجل فكاك رقبته كالعبد المرهون
او اعتق مولاه في مرض موته فانه كالمكاتب عنده وكالحر المديون عندهما كذا في الكافي واذا اعتق احد الشريكين

والسعاية بمنزلة بدل الكتابة ولما كان المستسعى بمنزلة المكاتب كان ينبغي ان لا يملكه بالضمان لان المكاتب
لا يقبل النقل من ملك الى ملك وانما يملكه ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمنيات لا يعتبر نصيبه والحال
ان المعتق موسر والمعتبر في يساره ان يقدر على قيمة نصيب شريكه فاضلا عن ملبوسه ونفقة نفسه وعياله في
يومه فللاخر اي الشريك الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله ان يعتق نصيبه اي له الخيار ان شاء اعتق لان الاعتاق
متجزئ عنده فنصيبه مملوك له او يضمن شريكه المعتق لان نصيبه فسد باعتاق شريكه حين امتنع عليه تمليكه
من غيره فصار جانيا على نصيبه وللمعتق ان يرجع على العبد بما ضمن وكان الولاء كله له لانه ملكه باداء الضمان
فصار كله له او يستسعى اي يطلب سعاية العبد في قيمة نصيبه ان شاء لان مالية نصيب الشريك الاخر
احتبس عنده كما مر في صورة التضمين فثبت له ولاية استسعائه وفي صورة الاعتاق والاستسعاء
يكون الولاء بينهما واليسار لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله او معسر فله اي للشريك الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله
ان يعتق او يستسعى بالخيار ولا يجوز التضمين للاعسار وقالا له الضمان اي يتعين له التضمين بلا اختيار
مع اليسار اي للشريك الاخر تضمين المعتق اذا كان موسرا والسعاية مع الاعسار اي يتعين له ان يسعى
العبد اذا كان المعتق معسرا وليس للعبد ان يرجع على المعتق بما ضمن لانه ادى ضمانا على نفسه فلا يرجع
على غيره والولاء للمعتق في الوجهين عندهما لانه عتق باعتاقه وقال ابن ابي ليلى ان المستسعى العبد
يرجع بذلك على المعتق اذا ايسر كذا في شرح جامع الصغير لقاضي خان وليس له الخيار بان يعتق نصيبه
لان الاعتاق غير متجزئ وليس له ايضا ان يضمن المعتق لقوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد
بينه وبين الشريك قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او سعى العبد ان كان معسرا قسم النبي عليه السلام
وعين الضمان للموسر والسعاية للمعسر والشركة تنافي القسمة وعند الثلث في الموسر كذلك وفي المعسر
يسعى لكل شريكه كما كان كذا في العيون اعلم ان اليسار والاعسار معتبر يوم الاعتاق حتى لو اعتق وهو موسر
فاعسر لا يبطل التضمين وان كان معسرا فايسر لا يثبت حق التضمين فان كان اعتق احد الشريكين
في مرض موته وهو موسر ثم مات المعتق لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول ابي حنيفة رحمه الله بل يسقط
لان الضمان انما وجب عليه بطريق التحمل والصلة والصلات تسقط بالموت قبل الاداء وعندهما يؤخذ من
تركته لان الضمان واجب عليه بطريق الاصالة لانه اتلف نصيب الساكت وضمان الاتلاف واجب على المكلف
كذا ذكره قاضي خان في شرح جامع الصغير ولو شهد كل منهما اي كل من الشريكين على الشريك الاخر
بالعتق اي انه اعتق نصيبه فانكر كل منهما على صاحبه فالعبد يسعى في نصيبيهما عند ابي حنيفة رحمه الله
واعتق نصيبه ان شاء فح يكون الولاء بينهما مطلقا سواء كانا موسرين او معسرين او احدهما موسرا و

والاخر معسرا لان كلا منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فكان كالمكاتب في حرمة عليه استرقاقه فيصدق كل
منهما في حق نفسه فتعين السعاية لهما لان كلا منهما ان كان صادقا كان كالمكاتب لكون الاعتاق متجزئا
وان كان كاذبا يكون كسبه للمولى وهذا هو المراد من السعي وانما لم يجب التضمين ان كانا موسرين لانكار الاعتاق
وقالا ان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعي السعاية على الاخر فيصدق في حق نفسه وان كان احدهما
معسرا والاخر موسرا سعى للموسر لا للمعسر لان المعسر يدعي عليه السعاية لانها متعينة صدق كل منهما
او كذب ولا يثبت الضمان لانكار صاحبه لا للموسرين اي كانا موسرين فلا سعاية لهما لان اليسار يمنع السعاية
عندهما والضمان على شريكه لانه ينكر سببه اعلم ان الضمان في باب العتق ضمانان ضمان التملك ثم ضمان التملك
لا يسقط بالرضاء فالم يكن الرضا مصرحا حتى لو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط
ضمانها ولا يختلف حكمه ايضا باليسار والاعسار والثاني ضمان الاتلاف ويقال له ضمان الجناية وهو جناية
فيختلف حكمه باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس فيسقط بالاذن كضمان الاتلاف الحقيقي بل هو اولى
لان هذا الضمان يسقط بالاعسار بخلاف ضمان الاتلاف الحقيقي والولاء لهما عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا
بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كلا منهما يدعي عتق نصيب شريكه باعتاقه ووجوب الضمان
عليه او السعاية على العبد وولاءه له وعتق نصيبه بالسعاية وولاؤه له والاخر ينكر فيحلف كل منهما على دعوى صاحبه
فيكون الامر في حقهما على اتفاقهما عليه وقالا الولاء موقوف في الصورتين كلها الى ان يصدق احدهما الاخر
لان كلا منهما نفى الولاء عن نفسه واثبته لصاحبه لزعمه انه هو المعتق فيتوقف الى ان يتفقا على اعتاق احدهما
وشهادتهما اي شهادة الشاهدين على الشريك الحاضر المنكر لان الاعتاق متجزئ فكانت هذه شهادة
على الغائب غير جائزة وقالا مقبولة لان الاعتاق غير متجزئ فكانت هذه شهادة على عتق نصيب الحاضر
فيقضى بها واذا اشتريا اي الرجلان الشريكان ابن احدهما عتق نصيب الاب فنصيب الاخر غير مضمون على
الاب عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا سواء علم شريكه بذلك او لم يعلم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وفي رواية حسن بن زياد عنه انه فصل بين ما يكون عالما بالقرابة وبين ما لم يكن عالما وانما لم يفرق في ظاهر
الرواية لان المسقط لحقه في الضمان مشاركته في العلة وذلك لا يختلف بعلمه وجهله كذا في شرح الهداية وشريكه
العتق او السعاية وقالا يضمن الاب نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا او سعى العبد في نصف قيمته لشريكه
ان كان معسرا وهو قول الثلث في الشراء ولو موسرا او لو معسرا لا يعتق عند الثلث كذا في العيون لان شرى
القريب اعتاق ولهذا تتادى به الكفارة فصار بالشراء مبطلا نصيب شريكه فيضمن سواء علم او لم يعلم لان
بالشراء الذي هو علة العتق يكون رضا بحكمه فصار كاذن الشريك للاخر بان يعتق نصيبه من ابنه ولذا

اذا ملكا بالهبة والصدقة والوصية واذا ملكا بالارث فلا ضمان فيه بالاجماع ولو كان العبد لرجلين فاشترى
ابو العبد من احدهما نصيبه ضمن الاب للشريك الذي لم يبع نصف قيمته ان كان موسرا او سعى العبد في نصف قيمته
ان كان معسرا في قولهم ولو قال احد الشريكين لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق لا يضمن المعتق نصيب الآخر
وعن ابي يوسف رحمه الله يضمن لانه يملك الاعتاق بدون الاذن فلم يصح اذنه وان اشترى الاجنبي ثم اشترى
الابن نصفه وهو موسر فله التضمين او السعاية عنده وعندهما الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وعند
الثلث في الاعسار لا يعتق كذا في المبسوط وكذا الحكم اذا ملكاه ذا رحم محرم من احدهما كالعم اذا ملكا ابن عم
احدهما فانه لا يعتق ولا يكون مضمونا لكونه غير ذي رحم محرم وكذا اذا ورثاه فلا ضمان عليه بالاجماع كما اذا تزوج
رجل امة ابن عمه فولدت ولدا ثم مات سيدها فورثه زوجها وابن عم اخر فالولد يعتق على ابيه ولا يضمن ابوه
شريكه وان كان موسرا وللشريك العتق والسعاية عند ابي حنيفة رحمه الله في صورتي الشراء والارث وضمان نصف
العتق نصيب شريكه في الشراء مع اليسار والاستسعاء مع الاعسار وعند الثلث في الاعسار لا يعتق كذا في
المبسوط وانما ذكر هذين المسئلتين اشارة الى ان الاصلين السابقين لابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه غير مختصين
بالاعتاق صريحا بل جاريان في الاعتاق الضمني ايضا كما في هذه المسئلة ولو علقا اي الشريكين عتقه بشرطين
متنافيين في محل واحد كما لو قال احدهما ان دخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان لم يدخل هذه الدار غدا
فهو حر فمضى الغد وانما قال في محل واحد لانه لو كان في عبدين كل واحد منهما لم يعتق واحد منهما لان عتق واحد منهما
مشكوك فيه غير متعين فتمكنت الجهالة في موضعين في المعتق والمعتق فترجح جانب الجهالة على جانب العلم فمنعت
القضاء بخلاف ما نحن فيه لان ثم المقضي له بسقوط نصف السعاية معلوم وهو العبد والمقضي به معلوم وهو نصف
السعاية والمجهول واحد وهو الحانث فترجح جانب العلم على جانب الجهالة فيوزع كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان
وجهل وجوده اي وجود شرط كل واحد منهما عتق نصفه اي نصف العبد مجانا لان الواقع لا يخلو عن احد الشريكين
وعليه السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله في النصف الباقي لهما اي للشريكين مطلقا موسرين كانا او معسرين او كان احدهما
موسرا والاخر معسرا ويوافق ابو يوسف ابا حنيفة رحمهما الله في السعاية لهما في نصف قيمته ان كانا معسرين لا
اي لا يوافق ابو يوسف ابا حنيفة رحمهما الله في السعاية لكن ان كانا موسرين ويخالف وقال لا يسعى لان اليسار يمنع السعاية
عنده وبراهما ابو يوسف رحمه الله بالسعاية للموسر منهما اي من الشريكين وربع قيمته لان المعسر يدعي الضمان
على شريكه ويبرئ العبد من السعاية فيسقط حصته عنه وللموسر على السعاية على العبد فيسعى له في حصته وهي الربع
واوجبها محمد رحمه الله السعاية في كله اي كل قيمة العبد المشتركين ان كانا معسرين لان المقضي عليه بسقوط نصف السعاية
وهو الذي تحقق شرطه مجهول فلا يمكن الحكم به فيسعى لهما لا يسعى ان كانا موسرين و[illegible] محمد رحمه الله بالسعاية للموسر في نصف

اي نصف العبد لان المعسر يبرئه عن السعاية والموسر يدعيها ولو ادعى مشتريه اي مشتري العبد ان البايع
كان دبره فانكر البايع التدبير ثم جنى العبد جناية موجبة للمال فالحال موقوف عند ابي حنيفة رحمه الله لان موجب
الجناية على المولى وهو هنا مجهول فيتوقف الى ان يثبت المولى بتصديق احدهما صاحبه وقالا يسعى العبد في موجب
الجناية وينظر الى الارش وقيمته ويلزم اقلهما ان لم يكن له كسب يؤدي منه ونفقته في كسبه لحاله بينه وبين
المشتري لاقراره بحرمة الاسترقاق فاذا مات البايع عتق نظرا الى ظن المشتري ولا يعتق بموت المشتري كذا في
الحقايق ولو حلف بعتقه ان قيده رطلان اي حلف بان قال ان لم يكن وزن قيده رطلين فهو حر وحلف ثانيا ان يحل
بان قال ان حله الحالف او غيره فهو حر فشهد اثنان انه اي وزن قيده رطل فحكم به اي القاضي بعتق العبد بشهادتهما
فاذا قضى بعتقه يحل القيد كيلا يبقى الحر تحت قيده ثم ظهر انحل عن قيد رطلين اي ظهر ان وزن قيده رطلان
حين حل فبان ان الشاهدين كاذبان فالضمان اي يجب قيمة العبد عليهما اي على الشاهدين عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجب عليهما الضمان لان شهادة الشاهد الزور غير نافذ باطنا فحل العتق بحل القيد فلا يضمنان وله
ان الحكم بالشاهد الزور نافذ ظاهرا وباطنا فحصل العتق بشهادتهما فلما ظهر كذبهما يضمنان وسياق بيان اصل
الخلاف في ادب القاضي ولو حل القيد بغير شهادة الشاهدين عتق العبد لوجود الشرط وهو الحل بالاجماع
وانما لم يضمنا عندهما وان حل القيد عندهما لان الحل شرط العتق والحكم يضاف الى السبب دون الشرط
والسبب هنا قول المولى ان حل القيد فهو حر وانما ضمنا عنده وان كان شرطا لانهما شهدا على التعليق شيء
موجود للحال وهو كون القيد اقل من رطلين فكان شهادة على التنجيز وقيل ان القضاء انما ينفذ عنده
اذا لم يتيقن بطلان القضاء واما اذا تيقن فلا ينفذ كما ان الشهود عبيد او كفار وهنا تيقن القضاء
بقولها حين كان وزن القيد اكثر من رطل فباطل لان الحكم بالشاهد الزور كلما يظهر الكذب [illegible] القضا
بشهادة العبيد او الكفار فهو حكم بلا سبب لانهما ليسا باهل الشهادة اصلا بخلاف ظهور كذبهما وهما اهل لها فظهور
الكذب بكون زورا باطل ولو حكم به بشهادتهما اي حكم القاضي بعتق العبد عند دعواه بشهادة رجلين ثم رجعا
عن شهادتهما ضمنا قيمة العبد كما شهد اخران به قبلا اي بعتق ذلك العبد قبل وقت شهادتهما فهي اي
شهادة الاخرين مردودة عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يسقط عنهما الضمان وقالا يقبل فيسقط الضمان وهذه المسئلة
فرع نفاذ القضاء بالشهادة الزور وعدمه فعلى هذا يتحقق الخلاف في العبد والامة وقال بعضهم فرع اشتراط
الدعوى في العتق وبيانه ان الدعوى لم يوجد من العبد للتناقض حيث ادعى العتق بعد الوقت عند شهادة الاولين
فلم تقبل وعلى هذا يقبل في الامة في مسئلتنا بالاجماع ودعوى العبد كدعوى الامة في الشهادة بعتقه لو شهد فاذا
شاهدان على رجل انه اعتق عبده والعبد والمولى كلاهما ينكران ذلك لا يقبل الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل

فاعلم ان الشهادة بلا دعوى مقبولة في حقوق الله تعالى لان القاضي يكون نائبا عن الله تعالى فيكون الشهادة مع الخصم وغير مقبولة في حقوق العباد وهذا اصل متفق عليه لكن الغالب عندهما في عتق العبد حق الله تعالى لانه سبب المالكية هو الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكوة والجمعة وغيرهما فتقبل بدون الدعوى والغالب عنده حق العبد لان نفع الحرية عايد اليه وخلاصه من كونه مبتذلا كالمال فلا يقبل بدون الدعوى هذا اذا حصل العتق من جهة المولى اما لو شهدا انه حر الاصل فتقبل بلا دعوى بالاجماع اذ الشهادة بحرية الاصل شهادة بحرمة امه وهي شهادة بتحريم الفرج فتقبل حسبة لله تعالى كما في الطلاق وعتق الامة وفي المحيط الصحيح ان دعوى القن شرط عند ابي حنيفة رحمه الله في حرية الاصل والتناقض لا يمنع صحة الدعوى والشهادة لا في حرية الاصل ولا في العتق العارض كذا في جامع الفصولين واما في حق الامة فتقبل اجماعا لما فيها من تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولكن لكونه متضمنا ان له حق العبد شرط فيه دعوى العبد فلم يقبل خبر الواحد وفي الخفا قد يتحقق الدعوى حكما بان يقطع العبد يد حر فقال الحر اعتقك مولاك قبل الجناية ولي عليك القصاص وانكر العبد والمولى ذلك تقبل بينته ويقضي بعتقه لان دعوى المجني عليه العتق قام مقام دعوى العبد حكما وهي اي على عتق احدهما على رجل انه اعتق احد عبديه او احدى امتيه اي احدى امتيه مردودة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا مقبولة وهو قول الثلث كذا في العيون ولا خلاف في عتق القن حسبة بدون الدعوى وفاقا وفي عتق الامة والطلاق بدون الدعوى قيل يحلف وقيل لا فتاوى عند الفتوى وهذه المسئلة فرع للمسئلة السابقة لان الدعوى لما كان شرطا عنده وهي من المجهول لا يتصور لم تقبل هذه الشهادة ولما لم يكن شرطا عندهما قبلت وهي اما لم يقبل ابو حنيفة رحمه الله الشهادة على احدى امتيه وان كان الدعوى ليست بشرط في عتقها لان اشتراطها كان لتضمن عتقها تحريم الفرج وهو حق الله تعالى فالشهادة مقبولة من غير دعوى كما في حد الزنا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده لانه غير نازل قبل البيان لتعلقه به والمعلق بالشرط لا يوجب قبله فيحل وطئه هذا اذا عتق احد عبديه في صحته واما اذا شهدا على انه اعتق احد عبديه في مرض موته تقبل استحسانا لان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فيكون كل واحد منهما خصما ولان العتق في المرض وصية فالقاضي خصم في تنفيذ الوصايا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فلا نص فيه فقال بعض مشايخنا رحمهم الله لا تقبل والاصح انما تقبل اعتبار للشيوع وفي وصيته وطلاق تقبل بالاجماع كذا في العيون ووطئ احديهما اي احدى امتيه لا يكون بيانا عند ابي حنيفة رحمه الله هذا اذا لم تعلق منه بولد وان وطئها فعلقت منه بولد كان بيانا بالاجماع وقالا يكون بيانا وهو قول الثلث في وما كان عنهما انه كذا في العيون فتعتق الاخرى لان الوطي تصرف مختص بالملك فاقدامه عليه يكون بيانا دلالة كما لو طلق احدى زوجتيه في الطلاق المبهم بالاجماع وله ان وطئ الامة استخدام لان المقصود قضاء الشهوة دون الولد فلا

لا يدل على استبقاء الملك فيها بخلاف المنكوحة لان المقصود منه الولد وانما يحصل ببقاء النكاح فوطئها يدل على استبقائه صيانة للولد عن الضياع ولو قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما او دبره او مات عتق الاخر وكذا لو حرر احدهما عتق الاخر لانه بالبيع قصد الى ثمنه سواء كان البيع صحيحا او فاسدا وبالتدبير قصد بقاء انتفاعه به الى حين موته وكلاهما ينافيان العتق فتعين الاخر دلالة والعرض على البيع كالبيع في رواية عن ابي يوسف رحمه الله وكذا لو وهبه كذلك لانه لما خرج عن ملكه لم يبق محلا للعتق كذا في الهداية وذكر في الكافي ذكر التسليم في الهداية وقع اتفاقا لان الهبة تصرف لا يصح الا في الملك والاقدام عليها يدل على ابقائه فلا يتوقف على القبض ولو قال لعبديه احدكما حر فخرج احدهما وثبت الاخر ودخل ثالث فقال ثانيا بان قال احدكما فمات مجملا اي قبل البيان فاذا مات على هذا شاع العتق ضرورة انه قد عجز عن البيان فما دام المولى حيا يؤمر بالبيان لانه يوجب العتق المبهم فيرجع بالبيان فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق الذي عينه وان بين الكلام الاول في الثابت بطل الكلام الثاني لانه صار خبرا ولا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد الا عند محمد رحمه الله بربع الداخل اي يعتقه وهما افتيا بنصفه اي يعتق نصف الداخل وعتق بصيغة المجهول نصف الخارج بالاجماع لان الايجاب الاول كان دائرا بين الخارج والثابت فيعتق من الخارج نصفه وعتق ثلثة ارباع الثابت لانه عتق نصفه بالايجاب الاول فان كان المراد بالايجاب الثاني الثابت عتق منه النصف الباقي وان كان الداخل لا يعتق منه شيء فالنصف الباقي للعتق في حال دم يعتق في حال اخرى فيتنصف فحصل للثابت منه ربع فعتق ثلثة ارباع الثابت وجه قول محمد رحمه الله في الداخل ان المراد بالايجاب الاول ان كان الخارج يصح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين عبدين وان كان المراد الثابت لا يصح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين حر وعبد واذا تردد بين الصحة والفساد يفيد حرية نصف رقبته بينهما فاصاب الداخل نصف النصف وهو الربع ولا عتاق وان لم يكن متجزيا عندهما انما صادف محلا معلوما اما اذا صادف بطريق التوزيع باعتبار الاحوال فلا لانه يثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولهما ان الايجاب الثاني واقع بين العبدين لان العتق لا ينزل في الثابت على اليقين فيصير حرية رقبة كاملة بين الداخل والثابت فنصيب الداخل النصف وكان ان يعتق ذلك بالايجاب الثاني النصف الباقي الا انه عتق منه الربع لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول فما لاقى الحرية بطل وما لاقى الرق صح فينصف ذلك النصف لهذا يعتق بالايجاب الثاني من الثابت الربع ولو مات احد العبيد قبل البيان فالموت بيان فان مات الخارج يعتق الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت يعتق الخارج بالايجاب الاول ويعتق الداخل بالايجاب الثاني لان الثابت لا يزاحمها وان مات الداخل فان عين بالخارج يعتق الثابت بالايجاب الثاني وان عين به الثابت بطل الايجاب الثاني وان قال اي لفظ احدكما

في المرض فمات قبل البيان قسم الثلث على هذا اي على قدر نصيبهم من سهام العتق لان العتق في المرض وصية
ولا مزيد لها على قدر الثلث فيقسم بينهم واقل مخرج من سهامهم هو الربع فيجعل كل ربع سهما فيكون للخارج
والداخل اربعة اسهم وللثابت ثلثة اسهم فالمجموع سبعة على قولهما فيعتد بكل عبد سبعة فصار المجموع احدا وعشرين
فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلثة اسهم ويسعى في اربعة فسهام
السعاية بلغت اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله سهام الوصايا ستة لان حق الداخل
ربع فصار سهام السعاية اثني عشر فاستقام الثلث والثلثان ايضا ولو اعتق عبيده الثلثة في المرض في الحال
انهم ماله ولا مال له غيرهم فمات ولم يجز الورثة عتقهم وقيمتهم سواء عتق من كل اي من كل واحد منهم ثلثه ويسعى
في ثلثيه اي ثلثي قيمته للورثة وعندنا لا نقرع في تعيين العتق وقال الشافعي رحمه الله عتق واحد منهم ويقرع بينهم
في تعيينه وهو قول مالك واحمد رحمهما الله او يقوم الوارث مقامه في البيان وعن محمد رحمه الله يقرع في حيوة المولى ومماته
كذا في الينابيع وطريقته ان يكتب اساميهم في رقاع صغار فتخلط ويغطى بثوب فيخرج واحدة فمن خرج اسمه حكم بعتقه
لان الاعتاق في مرض الموت وصية ونفاذه من الثلث والواحد هو الثلث وهو مبهم فتبين القرعة كما كان عليه السلام
يقرع بين نسائه فمن خرج قرعتها سافر بها ولنا ان العتق وقع على الكل بالسوية فلا يجوز حرمان بعضهم بل يجب
توزيع العتق بالسوية وقرعته عليه السلام كان لتطييب قلوبهن لا لتمييز الحق بينهن اذ لا حق لهن في السفر ولو قال
قن او مكاتب لم املكه حر فعتقا اي القن والمكاتب فملكهما مملوكا هو قن فلا يعتق ذلك المملوك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يعتق لان المعلق بالشرط كالملفوظ عند وجود الشرط فصار كانه قال حين ملكه عبد العبد الحرية انت حر فيعتق
وله ان من لا يكون اهلا لتنجيز العتق لا يكون اهلا للتعليق ولو قال الكل مملوكي املكه فهو حر لا يصح بالاجماع لانه
للحال حقيقة ولو قال الكل مملوكي املكه بعد العتق يصح بالاجماع كذا في الحقايق ولو قال ان كلمت زيدا فانت حر فادعى
زيدا انه كلم بعد التعليق فانكر المولى وشهد ابناه اي ابنا زيد كذا ذكره ردها ابو يوسف رحمه الله شهادتهما لما فيها من تصديق
الاب وهو موضع التهمة وسمعها اي قبلها محمد رحمه الله شهادتهما لانهما شهدا بحرية العبد ولا تهمة فيها او قال لامته ان تسريتك
فانت حرة يضيف ابو يوسف رحمه الله ويضم طلب الولد الى الشرط اي شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله في تحقق معنى التسري
من التحصين اي منعها من الزنا والوطي والتبوية وهي اسكانها في بيت خال والمنع من الخروج يعني يثبت التسري عندهما
بهذه الافعال بدون طلب الولد وعند ابي يوسف رحمه الله لا يثبت ما لم ينضم اليها طلب الولد لان التسري تفعل من السرور
وهو البشارة والامة انما تسر ربها اذا ولدت من مولاها قال الاصل تسرر من السرور فابدلوا احدى الراءات ياء
كما قالوا تقضى اصله تقضض ولهما انه تفعل من المضاعف من السر بالكسر وهو الجماع معناه اعدادها لان يكون
موطوءة فلا يكون الطلب داخلا فيه او قال لامة غيره لئن تسريتك فانت حرة فاشتراها وتسريها لا تعتق عندنا

التعليق فلا يعتق وقال زفر رحمه الله يعتق لان اضافة العتق الى التسري كاضافته الى الملك لقلة التسري
الا في الملك ولنا ان الملك لم يوجد وقت التعليق والتسري ليس بعبارة عن الملك ولا عن سببه كالشراء والنكاح
فلا يكون التعليق تعليقا بالملك وذلك ليس من ضرورات التسري لوجوده بدون ملك الرقبة كما في ملك المتعة
معناه التحصين والمنع من الخروج والوطي يوجد بدون ملك الرقبة كما في المنكوحة

فصل

في التدبير وهو في اللغة ان ينظر الى ما يؤول اليه عاقبته وفي الشرع تعليق العتق بالموت فينبغي ان لا يصح اصلا
لانعدام اهليته بالموت الا انه يصح لانه تعليق العتق بالكاين وهو الموت فصار عتقا للاول ولهذا لا يصح رجوعه
عندنا انه سبب في الحال بخلاف ساير التعليقات بالشروط وهي على خطر الوجود فلا يكون سببا في الحال عندنا
وانما يصير سببا في الحال عند وجود الشرط واما التدبير فلا يكون سببا عند وجود الشرط فلا بد من ان يكون
سببا قبله فلا يجوز بيع المدبر المطلق خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال اذا مت فانت حر او قال انت حر عن دبر مني او
قال انت مدبر او قال دبرتك صار مدبرا مطلقا وكذا لو قال انت حر يوم موتي او في موتي او عند موتي او وصيتك
برقبتك او عتقك لان هذه الالفاظ تفيد تعليق العتق بالموت فيستند على وجود الشرط ولا يجوز اخراجه عن
ملكه الا بالعتق لقوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث للشافعي ولمحمد رحمه الله كذا في العيون ويجوز استخدامه
واستئجاره ووطؤها وتزويجها لان الملك قايم في المدبر والمدبرة ويعتق المدبر كله من الثلث اي من ثلث ما ترك المولى
ان يخرج منه وقال ابن مسعود رضي الله عنه المدبر يعتق من جميع المال وهو قول حماد واحدى الروايتين عن ابراهيم
النخعي لكنا لا ناخذ بهذا وانما ناخذ بقول علي وسعيد ابن المسيب والحسن وشريح وابن سيرين رحمهم الله انه
يعتق من الثلث لحديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام جعل المدبر من الثلث اذ هو تبرع بعد الموت فيتقدر
بقدره بعد الموت وحق المولى بعد الموت هو الثلث والا فبحسابه ان لم يخرج من الثلث يعتق منه بحسب ما يخرج
حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وان كان مولاه مديونا يسعى في كل قيمته لوجوب تقديم الدين على الوصية
ولا يمكن نقض العتق فتعين رد قيمته وقال مالك واحمد رحمهما الله يباع عن دينه في الحيوة وبعد الموت كذا في العيون
ولو قال لعبده ومدبره احدكما حر والاخر مدبر فمات قبل البيان يعتق ابو يوسف رحمه الله يعتق القن ويبقى المدبر مدبرا
ايضا على حاله واشاعهما محمد رحمه الله الحرية والتدبير فيهما اي في العبد والمدبر فيعتق نصف كل واحد منهما ويصير
نصف القن مدبرا ايضا لان قوله احدكما حر افاد انقسام العتق عليهما لحاجتهما اليه فيجعل قوله والاخر مدبر انشاء
ايضا لكونه معطوفا على الانشاء فينقسم عليهما اذ لو جعل اخبارا لبطل حق المدبر من الكلام الاول ولابي يوسف رحمه الله
ان الاصل في الكلام ان يكون اخبارا لضرورة تصحيح كلامه والضرورة هنا ولهذا لو بدا بالتدبير وقال احدكما
مدبر والاخر حر عتق القن وبقي الاخر مدبرا ولو جعل انشاء لصار القن مدبرا لا ان التدبير في المدبر ممتنع فصار

مدبرين ويلغو العتق قال رجل لعبد ومدبر قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ولا مال له غيرهما وقال في صحته احدكما
حر والآخر حر ثم مات قبل البيان عتق العبد من جميع المال والمدبر من الثلث حقيقة قوله احدكما حر
للاخبار ولكن حمله عليه فبقي ايجاب الحرية للعبد ولو اعتق احد الشريكين العبد الذي بينهما ودبره الآخر
معا عتق كل العبد اتفاقا وتغرمه اي يحكم ابو يوسف رحمه الله بانه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته قنا لا مدبرا
نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال يضمن نصف قيمته مدبرا لان تدبيرها من الاعتاق والتدبير في نصيب نفسه نافذ
لان بقائهما معا [illegible] فتغلب العتق لكونه اقوى فيضمنه مدبرا ولابي يوسف رحمه الله ان العتق والتدبير
لما لم يكن جمعهما يرجح العتق من الابتداء فبطل التدبير ولو علم مدبر الذي نحن حكمنا بعتقه بعد السعاية لمولاه
في تمام قيمته كالمكاتب لا قبلها نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يعتق في الحال ويسعى في قيمته لان العتق باسلامه وجب
ان يخرج عن ملكه لان اذلاله باستسلامه ملك الكافر عليه الى ان يؤدي السعاية لا يجوز فلما تعذر الاخراج بالبيع
تعين العتق في الحال ولنا انه لو اعتق في الحال وهو مفلس فتكاسل في السعاية فيتضرر به المولى فيتوقف
عتقه على الاداء رعاية للجانبين وفي العبد فيه تبصير ونحوه ان علق عتقه بموته على صفة كما اذا قال ان مت من
مرضي هذا او سفري هذا او الى سنة ونحوه لم يكن مدبرا مطلقا فيجوز بيعه لان الموت على هذا الوجه ليس بقطعي
فلم ينعقد السبب في الحال وربما يرجع من ذلك السفر ويبرء من ذلك المرض واما الموت المطلق كائن قطعا
فالمعلق يكون مدبرا ولا يشكل على هذا ما قال لعبده انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فان العبد بعد هذا
يعتق بمطلق موت المولى ومع ذلك انه مدبر مقيد حتى يجوز للمولى بيعه قبل مضي الشهر بعد قوله هذا لانه تعلق
عتقه بالشهر قبل موته كما سماه فيجب اعتبار العتق للمضاف الى غد وانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا لو علق بموته
في مدة لا يعيش الى مثلها غالبا كمائة سنة يكون مدبرا مطلقا لان الموت كائن فيها [illegible] هذا موافق لرواية
الايضاح وفي رواية [illegible] يخالف حتى لو قال لعبده ان مت الى مائة سنة فانت حر قال ابو يوسف رحمه الله هو مدبر
مقيد وقال الحسن بن زياد رحمه الله هو مدبر مطلق كذا في شرح الهداية فان تحقق [illegible] اي الموت بهذا المرض او في
هذا السفر عتق من الثلث كالمدبر اي كما يعتق المدبر المطلق من ثلث المال او قال ان مات فلان او مات ابي
فانت حر او قال انت حر قبل موتي بشهر اجزنا بيعه لانه مدبر مقيد على المروي قال زفر رحمه الله لا يجوز بيعه لان عتقه
تعلق بكل واحد منهما على الانفراد والتعليق بموت المولى تدبير ولنا اذا مضى شهر وفي ملكه فقد صار
مدبرا مطلقا لتعلق ظهور عتقه بموته وهو قول ابي حنيفة رحمه الله كذا في الينابيع وهو قول [illegible] ولهما
كذا في العيني ولنا انه علق عتقه بموته المقيد وهو ان يكون موته قبل فلان او هذا ليس بشرط كائن لا محالة لاحتمال ان يموت
فلان قبل المولى وشرط المولى فلا يجوز بيعه قبل وجود الشرط كما في سائر الشروط فينبغي ان يكون مدبرا مقيدا كما ان مت من مرض

وفي الينابيع ان مت انا وفلان فانت حر بعد موتي وموت فلان او قال ان مت ودخلت الدار او كلمت فلانا فانت حر بعد موتي
فان وجد الشرط بان مات فلان او كلمه فقد صار مدبرا ولو مات المولى ولم يمت فلان او كلم او دخل الدار لم يعتق ومن قدر
قبلها في صورة المسئلة [illegible] فقد خبط خبط العشواء [illegible] من قوله على صفة ان [illegible] موت
فلان بيان التقييد ان مات المولى قبل موت فلان يكون مدبرا مطلقا يكون بمنزلة ان مت من مرضي هذا فلا يكون
مدبرا وكذا اذا علق عتقه بموته المتاخر عن شهر اذ لو مات قبله لا يعتق فلا يكون كالمدبر المطلق

فصل

في الاستيلاد وهو طلب الولد لغة واختص شرعا بطلب الولد من الامة فهو من الاسماء الغالبة كالصغيرة والكبيرة
في الصفات الغالبة ومعنا اخرجها من العموم الى الخصوص لو اتت اي الامة بولد ثبت من مولاها فاعترف اي ادعى انه ثبت نسبه
لا بالاقرار بوطئها نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال اذا اعترف بوطئها ثم اتت بولد ثبت نسبه منه وان لم يدع انه الا ان
يدعي استبرائها بعد حيضة كذا في العيون لان الاصل في ثبوت النسب الماء وسببه الوطي وهو موجود في الامة وهو
قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون ولنا ان النسب انما ثبت بالفراش ولا يثبت الفراش للامة بالوطي لان المقصود
من وطي الامة قضاء الشهوة غالبا ولهذا يمتنع الاشراف من وطئهن تحرزا عن حصول الولد منهن ولهذا جاز له
العزل وفي قوله عليه السلام تناكحوا تكثروا اشارة الى ان الغرض الاصلي في شرعية النكاح فلا يثبت النسب بدون
دعوة المولى وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا وطئ امته وحصنها ولم يعزل عنها فلا يحل له ان ينفيه فيما بينه وبين الله تعالى
فعليه ان يدعي نسب ولدها وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يطأها ولم يمنعها احب الي ان يدعيه فلا ينفيه بالشك
وعن محمد رحمه الله ينبغي له ان لا يدعي النسب فان لم يعلم انه منه ولكن يعتق ولدها ويعتق بعد موته احتياطا من الجانبين كذا
في الكافي فان ولدت ولدا بعد ذلك اي بعد الاعتراف بولد ثبت نسبه منه من غير دعوة لانه لما ادعى
الاول تعين الولد مقصودا منها فصار فراشا وينتفي نسبه منه بمجرد نفيه بلا لعان وفي المبسوط انما يملك نفيه
ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد
التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحو واختلفوا في مدة التطاول وقد سبق
في اللعان اعلم ان الفراش ثلاثة ضعيف ومتوسط وقوي فالضعيف هي الامة فلا يثبت نسب ولدها الا بدعوة
فان ادعى صار ام الولد وهي الفراش المتوسط ويثبت نسب ولدها بلا دعوة لكنه ينتفي بنفيه والفراش القوي هي المنكوحة
فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ولا ينتفي بنفيه بل يجب اللعان ولا يجوز اخراجها اي اخراج ام الولد عن ملكه الا بالعتق
لما روي ان ابن عباس رضي الله عنه عنه عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه وخطب عمر رضي الله عنه
فقال الا ان بيع امهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد مولاها ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها بوجه من الوجوه
وكان بشر المريسي وداود ومن تابعه من اصحاب الظواهر يقولون بجواز بيعها الان الحالية والحلية للبيع قبل

قبل الولادة معلومة فيها بيقين ولا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين وكنا نقول في ضمنه
هذا بانه للمجلب من المولى امتنع بيعها بيقين فلا يرتفع ذلك الا بيقين مثله ولا يتيقن بعد انفصال الولد
وانما امتنع بيعها بيقين فلا يرتفع ذلك لانا لا نقول ان في بطنها ولدا حرا وقد علمنا انفصاله عنها فيجوز بيعها
بل لثبوت الحرية في جزء منها وهذا المعنى لا يرتفع بالانفصال واليه اشار عمر رضي الله عنه فقال بعدما اختلطت لحومكم
بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاد لو كان بالزنا لا يظهر ام ولد انه ملكها وانما
اراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهي حرية الولد بشرط ان يكون الولد منسوبا اليهما ولو كان ثبوت حق العتق لها
باعتبار الاتصال بالولد ثبت هنا وحيث لم يثبت دل انه غير مبني على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطي
والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما ولان اضافة الولد الى كل واحد منهما يوجب الحرية الا ان هنا الاتحاد
حكمي للحقيقة فيوجب الحرية للحقيقة ههنا وبعد الانفصال ايضا يبقى الجزئية الثابتة حكما واوجب ذلك حكما مؤجلا
الى بعد الموت ويعقد الجزئية حكما انما كان بسبب نسبة الولد الى كل منهما بواسطة الولد وان كان الاب اصلا فيها
وانما امتنع بيعها لانها صارت منسوبة اليه بواسطة الولد بانها ام ولده وهذه النسبة يوجب العتق فيمتنع البيع
ضرورة وبالانفصال تقرر هذا المعنى ويجوز استخدامها واجارتها وعن مالك رحمه الله لا تؤجر كذا في المبسوط
ووطئها وتزويجها لان الملك قائم فيها فان ولدت من زوجها تبعها في حكمها او موجب الحرية فيسري الى ولدها
كالتدبير ويعتق ام الولد من جميع المال بموته لانه عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وان
لا يبعن في دين وعن علي رضي الله عنه اجتمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على عتق امهات الاولاد ثم رأيت بعد ان يبعن في الدين فقال عبيدة السلماني بعتقه ورجع عن ذلك وكذا هي
في ديونه اي لا تسعى ام الولد في ديون المولى للغرماء بالاجماع وهي ام الولد غير متقومة لا قيمة لها عند ابي حنيفة رحمه الله
حتى لو كان لها موليان فاعتقها احدهما وهو موسر لا يضمن نصيب الاخر وعندهما متقومة وهو قول الائمة الثلاثة
يضمن لانها مملوكة منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كالمدبر الا ان قيمتها
ثلث قيمتها قنة لان للمالك في مملوكه منفعة الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء دينه من ماليته بعد موته
وبالاستيلاد فات اثنان وبقي الاستخدام فقط ولهذا صار قيمة المدبر ثلثي قيمة القن لان الفائت
منفعة البيع فقط وقيل قيمة المدبر نصف قيمته قنا وهو الاصح وعليه الفتوى كذا في الحقائق له انها
استفادت الحرية من مولاها بسبب ولدها لان الولد خلق من الماءين فصار جزءه مضافا اليه لكن الجزئية كونها
حكما لا حقيقة ثبت حق العتق في الحال وسقط تقومها حقيقة في الملك وانما لم يجعل الولد كذلك لان جزئيته
تاكدت بنسبته الى الاب فحكم بجزئيته في الحال بخلاف المدبر لان سبب الحرية ينعقد بعد الموت وانما امتنع بيعه في الحال

فلتحقق مقصود المولى وهو نيل ثواب الاعتاق ولو هلكت هي او مدبرة عند المشتري فهي غير مضمونة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجب قيمتها للمولى وهو قول الشافعي رحمه الله لانها مقبوضة على سوم الشراء فيضمن كالقنة وكذا ان القن كان
محلا للبيع فالحق قبضه على سوم الشراء بحقيقة البيع وهما لا يقبلان البيع ولا يضمنان لامتناع الالحاق وكذا
للتلاق في المكاتب واذا نكح امة مملوكة للغير ثم ملكها بالبيع او الهبة او بسبب من الاسباب وبطل نكاحها لحقيقة الملك فجعلها
ام ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام ولد له وهو قول مالك وعن احمد رحمه الله لانها ولدت حين كونها غير مملوكة
فلا يكون ام ولد له كما اذا ولدت من الزنا ثم ملكها الزاني ولنا ان سبب الاستيلاد وهو الحرية الثابتة
بينه وبينها بواسطة الولد الثابت النسب موجود منه بخلاف الزنا لان نسب الولد منتف فيه وانما يعتق
الولد على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه لاب من الزنا لا يعتق لانه
يتصل به بواسطة نسبة الى الوالد وهي غير ثابتة واما الاخ لام فانه يعتق عليه وان كان من الزنا لان النسبة ثابتة
بينهما كذا في شرح الهداية ولو وطئ جارية ابنه فولدت فادعاه الاب ثبت نسب الولد منه سواء صدقه الابن
او كذبه هذا اذا كان الاب حرا وسكت الابن عن دعوى النسب اما اذا كان عبدا او كافرا وابنه مسلم لا يصح
هذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي لا يثبت الاستيلاد من الاب فاذا دعا الاب مع الابن
فولده للابن والجارية ام ولده فان علم الاب وعتق ينظر ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا فدعوى الصحيح وثبت
نسبه والا فدعواه فاسد ولم يثبت نسبه منه ولو ادعى الاب ولد جارية ابنه فجاءت لاقل من ستة اشهر
من حين ملكها الابن لم يقبل كذا في الينابيع صارت ام ولده يضمن الاب قيمتها لا قيمة الولد اي لا يضمن قيمة
ذلك الولد لان الاب لما كان له ولاية ان يتملك مال ابنه بما له الحاجة الى ابقاء نفسه كان له ولاية ان يتملك
جارية ابنه لاثبات نسب الولد منه لان فيه ابقاء لمعنى لكن يكون حاجته الى ابقاء نسله ادنى من حاجته الى
ابقاء نفسه فيتملك الجارية بقيمتها ويتملك طعام ابنه مجانا وفي الينابيع يشترط لصحة دعوة الاب ان يكون له
ولاية التمليك من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو ملكت في غير ملك الابن او جعلت في ملكه ثم اخرجها
عن ملكه ثم ردت الى ملكه لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن فان صدقه ثبت نسبه منه ولا يملك الجارية ويعتق
الولد على عمه لانه ملك اخاه واما ان يطأ امة ولا تصير ام ولده فانه يبيعها من ابنه الصغير ثم يتزوجها او يزوجها
امة ابنه لا تصير ام ولد له كذا في النوادر فلا يوجب مهرها لكن لا يوجب على الاب لابنه عقر تلك الجارية وقال زفر والشافعي
يجب وهو قول زفر رحمه الله لانه تملك الجارية ثبت حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة اذا ادعى ولدها احد الشريكين
وحكم الشيء يعقبه ولنا ان الجارية صارت مملوكة الاب قبل الحاجة ولهذا جاز ان يتزوجها فمست الحاجة الى
تقديم الملك على الوطء ليصح الاستيلاد فان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل يحصل به الولد فلا يكون تجوز الوطء

يتقدم على العلوق فلا يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فجميع الوطي في الملك واما في الجارية المشتركة
فكان تملك نصفها ثابتا قبل الاستيلاد وهذا القدر كاف في صحة الاستيلاد لما لم يكن متجزيا صار متملكا
نصيب شريكه حكما للاستيلاد ولا يثبت نسب لو لد يعني الجد جارية ابن ابنه مع بقا الاب لانه لا ولاية له
مع وجود الاب المسلم ولو كان الاب ميتا يقام الجد مقامه في هذا الحكم لظهور ولايته وكفر الاب ورقه كموته
موته لانه قاطع للولاية فيقوم الجد مقام الاب بوجوه جامعة اذا صارت به بعد موت الاب لستة اشهر اما اذا جاءت
به بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لا يثبت النسب من الجد كذا في الكافي واذا ادعاه اي ولد الجارية المشتركة احد الشريكين
يثبت منه نسبه لانه لما يثبت في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي لان النسب لا يتجزى وصارت ام ولد له اي للمدعي
اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى وعنده فلان نصيب المستولد صار ام ولد له بعد ما تملكه بالضمان لكونه قابلا
للملك وضمن نصف عقرها لان الوطي وقع في نصيب الشريك في غير الملك ونصف قيمتها لشريكه يوم العلوق موسرا
كان او معسرا لان امية الولد يثبت لها من وقت العلوق وهذا ضمان التملك فلا يختلف باليسار والاعسار
لا قيمة الولد اي لا يضمن قيمة الولد لان الضمان وجب حين العلوق والنسب يثبت منه فصار حرا الاصل
انه من عبيد فجاءت بولد ثم ادعاه المولى لا يثبت النسب منه ولكن يعتق باقراره بالنسب في الولد
لانه فرعه كذا في النوازل ولو ادعياه اي ادعى الشريكان معا ولد جارية المشتركة التي حبلت في ملكهما معا
ثبت اي النسب منهما اي من الشريكين معا خلافا للشافعي وهو قول مالك ولهذا يعمل بقوله ولو كان الحمل على ملك احدهما
ثم حاملا ثم اشتراها مع آخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب
شريكه ايضا وهذا الحكم يعني اصحاب الاخر واحدهما مسلما والآخر ذميا الا لو كان كذلك يرجح الاب في
من حق التملك ويرجح المسلم نظرا للولد استحسانا وكذا اذا اشتراها حبلى يثبت النسب منهما ولا يجب على كل منهما
العقر لعدم الوطي في ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولد ويثبت لكل منهما في الولاء لانه حر ان كانت الدعوى
بين كتابي ومجوسي فالكتابي اولى استحسانا فان كانت بين عبد مسلم ومكاتب مسلم فالمكاتب اولى ولو كانت من
رجلين جاءت بولدين اصغر واكبر فادعى احدهما الاكبر والآخر الاصغر ثبت نسب الولدين على ما ادعاه وتصير
الجارية ام الولد لمدعي الاكبر استحسانا وقال زفر رحمه الله هي ام ولدهما جميعا وان كانت الجارية في ملكهما اقل
من ستة اشهر يجب على المدعي نصف قيمتها ولا شي عليه من العقر وان كانت في ملكهما اكثر من ستة اشهر يجب عليهما نصف
المهر ولا شي من قيمة الولد ويثبت نسبه منهما في الوجهين جميعا كذا في الايضاح ونحن لا نعتبر القايف وهو الذي
يعرف النسب بفراسته فقوله غير معتبر عندنا في الحاقه باحدهما وقال الشافعي رحمه الله يعتبر وهو قول مالك ولهم ما
كذا في العيون لما روي انه عليه السلام فرح بقول القايف حين الحق اسامة بن زيد بابيه لما نظر الى اعقابهما ولنا ما ذكر

عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح في مثل الحادثة هو ابنهما يرثهما ويرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
فحل محل الاجماع واما الخبر فلان سرور النبي عليه السلام انما كان بسبب انقطاع طعن الكفار لانهم كانوا يطعنون في
نسب اسامة وكانوا يعتقدون ان قول القايف حجة وتصير ام ولد لهما ويغرم كل واحد منهما نصف العقر قصاصا
يعني يجب على كل منهما نصف العقر قصاصا لعدم الفائدة في الاشتغال بالاستيفاء الا ان يكون احدهما اكثر
من نصيب الاخر فيأخذ الزايد الذي يجب بقدر ملكه ويرث الولد من كل منهما كابن اي كان كاملا لان كلا منهما مقر
بانه ابنه ويرثان منه كاب اي يرثان منه ميراث اب واحد لان التعدد في الاب حقيقة محال ويشتركان في السدس مع
الشركة في الجارية واذا وطي جارية مكاتبه فولدت ولدا فادعاه المولى ذلك الولد فان صدقه المكاتب مولاه
ثبت نسبه من المولى في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله لا يعتبر تصديق المكاتب بل ثبت نسبه بمجرد دعوى
المولى كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب الاب فيضمن عقرها
لانه تصرف في غير ملكه وقيمته اي قيمة الولد يوم ولد كذا في شرح الهداية لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا
وهو انه كسب كسبه فلم يكن راضيا بكون ولده رقيقا فكان حرا بالقيمة وجبت دفعا للضرر عن المكاتب
ولا يصير ام ولد له اي للمولى المكاتب لان الجارية غير مملوكة له حقيقة وان كذبه اي كذبه المكاتب لم يثبت نسبه
فلو ملك المولى ولد جارية المكاتب يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار وزوال المانع وهو حق المكاتب ولو
ادعى احد الشريكين في امة استيلاد شريكه استولدها فانكر شريكه الآخر افتى محمد رحمه الله بالسعاية اي بان يسعى
للمنكر في نصف قيمتها فاذا ادت عتقت لان المقر افسد نصيبه ونصيب شريكه فتعذر التضمين فوجب السعاية
وليس للمقر على الجارية سبيل لانه يزعم انها ام ولد الآخر وفي الحقايق انما تستسعى للمنكر اذا قضى القاضي بالسعاية
او رضيت هي بذلك وبعد ذلك ليس للمنكر ان يستسعيها وقالا تخدم الامة المنكر يوما ولا تخدم يوما بل تعمل
لنفسها واما الولد فموقوف بينهما اتفاقا كذا في الجامع الصغير للامام التمرتاشي لان المقر لما لم يصدقه على
شريكه انقلب اقراره عليه فصار كانه استولدها كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه
اعتق ولا يمكن تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فوجب السعاية للمنكر لاحتباس ماليته عندها ومتى عتق
بعضها عتق كلها لانه لا يتجزى لهما انه اقر بشي مستلزم للنسب والنسب مما لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر
بنسب صغير لرجل ثم اقر بنسبه لنفسه بعدما كذبه المقر له لا يصح فلا يمكن ان تجعل المقر كالمستولد فتخدم المنكر يوما
لانهما تصادقا عليه ويرفع الخدمة عنها يوما لان كلا منهما مقر بانه لاحق له في استخدامها في ذلك اليوم ونصف كسبها
للمنكر ونصفه موقوف فنفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر كذا في الحقايق هذا موافق لما في المنظومة
لكن المذكور في الهداية والوافي وشروحهما ان تخدم المنكر وتوقف يوما في قول ابي حنيفة رحمه الله فان جنت سعت الجناية

المذكورة في المسئلة السابقة فنصف الارش على المنكر لان نصفها لم يبق فيه والنصف الاخر اي نصف الارش
موقوف عند ابي حنيفة رحمه الله وقد اوجب ابو يوسف رحمه الله النصف الموقوف في كسبها اي يؤدي النصف الموقوف من كسبها
لانه في الامومة وكسبها للمولاة لئلا يتضرر ولي الجناية لان الارث في حال موقوفة وكسبها لها لم يؤدي الارش من كسبها لكن
لا يملك اخذه لانه مواخذ باقراره واوجب محمد الكل اي يؤدي كل الارش فيها اي من كسبها لانها تسعى للمنكر عنده فكانت
كالمكاتبة ولو جنى عليها فعند ابي حنيفة رحمه الله نصف ارشها للمنكر والنصف موقوف وعند ابي يوسف رحمه الله النصف
للمنكر والنصف لها وعند محمد رحمه الله الكل لها ولو ولدت ولدا فباعها مولاها وترك ولدها عند البائع فادعاه البائع
انه منه يحكم ابو يوسف رحمه الله بثبوت نسبه اي بثبوت نسب من المدعي ويغرمه اي يضمن ابو يوسف رحمه الله الابن قيمته
ذلك الولد وان لم تصر الجارية ام ولد فصار كالمالك يدعي ان الولد منه بعد بيع الامة وقالا لا يصح دعوته ولا
يثبت نسبه لان ثبوته مشروط بتملك الامة من حين العلوق الى حين الدعوة وههنا تعذر تملكها ونقض البيع
فيها لان الثابت للاب المولى فيها كان حق التملك والثابت للمشتري حقيقة الملك فلا يترك الاقوى للاضعف
ولان البائع وجد في الام دون الولد فيصح دعوته فيه والولد هو الاصل في النسب لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
وكذا الخلاف لو وهبها الجارية او كذا لو كاتبها **فصل** في المكاتب هي عقد مندوب لقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا وهذا الامر ليس للوجوب باجماع الفقهاء فانما هو للندب هو الصحيح وزعم بعض اصحاب الظواهر وهو داود
الاصفهاني ومن تابعه فان عندهم للوجوب حتى ياثم بتركه اذا علم فيه خيرا وعند بعضهم اذا طلب العبد من مولاه الكتابة
وقد علم فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه كذا في المبسوط والمراد بقوله فيه خيرا ان لا يضر المسلمين بعد العتق وان كان يضرهم
ينفردون به فتركه افضل وهي تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المال يعني بعد اخذ المال فيكون له يد في نفسه فيصح تصرفه
وعتقه وكسبه دون رقبته الى اداء جميع المال حتى لو بقي عليه درهم من بدل الكتابة يكون رقا لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد فاذا ادى جميع البدل صار حرا كسائر الاحرار ومن كاتب عبده على مال فقبله
في المجلس صار مكاتبا فلا بد من القبول في المجلس لانه عقد معاوضة كالبيع ولان فيه معنى الالتزام فلا بد من الالتزام
ويحط لانه وجب حط شيء من البدل اي بدل الكتابة كالثلث والربع وغيرهما وقال الشافعي رحمه الله يجب لقوله تعالى وآتوهم
من مال الله اي بدل الكتابة كذا روي عن علي رضي الله عنه ولنا قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والزام الحط بعد
الايجاب غير مفيد والامر في الاية محمول على الندب كالامر بالكتابة ولو قال الرجل لعبده انت حر بعد موتي بالف
فالقبول بعد الموت لانه اضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيعتبر القبول بعده ليكون القبول بعد الايجاب و
اذا قبل بعد الموت فمن المشايخ من قال لا يعتق وان ادى الالف الا باعتاق الوارث كما لو قال انت حر بعد موتي
بشهر ومثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث فكذا هنا ويجوز عقد الكتابة منجما اي على ان يؤدي في كل شهر شيئا

معلوما من بدل الكتابة مؤجلا بان يؤدي كلها في مدة معلومة ويجوز تنجيزها حالا اي تنجيز الكتابة على مال
حال وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول لعمر رحمه الله كذا في الفتاوى لانه ليس باهل للملك في الحال فانما يؤدي بالكسب
ولا بد له في مدة واقلها نجمان ولنا ان الكتابة عقد معاوضة والبدل فيه كالثمن في البيع فكما ان توهم القدرة على
الثمن كاف في جواز البيع فكذا هنا مع ان النص في الكتابة مطلق فيعمل باطلاقه وتجوز ايضا عقد الكتابة
باذن المولى عن صغير عاقل اي يعقل العقد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهذا الخلاف مبني على ان تصرف الصبي
العاقل باذن الولي جائز عندنا خلافا له وقد مر في باب الحجر ولو كان الصبي لا يعقل لا يجوز عقده بالاجماع ويخرج
المكاتب من يد المولى فيكون احق باكسابه لان تحصيل البدل انما يتحقق اذا ثبت له الحرية يدا حتى لو شرط في
الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط دون ملكه اي لا يخرج من ملك المولى ولهذا لو عجز عن اداء البدل
كان رقا فيضمن المولى ماله اي مال المكاتب باتلافه والعقر بوطئها اي لزمه العقر بوطء المولى المكاتبة ولزمه
الارش بالجناية اي بجناية المولى عليها اي على المكاتبة او على ولدها لان المولى صار كالاجنبي منها وان اعتقه
المولى مكاتبه سقط البدل لان لزومه كان للعتق وقد حصل المقصود وكذا لو ابراه عن البدل يعتق لان
البراءة في معنى الاعتاق لكن المال يبقى عليه دينا اذا قال لا اقبل لان هبة الدين مما يرتد بالرد فيجعل الكتابة
باقية في حق المال ولو اختلفا اي المولى والمكاتب في قدره اي في قدر بدل الكتابة فالقول للعبد مع يمينه عندنا
وقالا يتحالفان وهو قوله الاول لابي حنيفة رحمه الله فينفسخ العقد لان عقد الكتابة عقد معاوضة قابل
للفسخ فيجري فيه التحالف كما في البيع ولنا ان العبد ينكر ما ادعاه المولى فيلزم اليمين عليه والتحالف في البيع ثبت
على خلاف القياس فلا يقاس عليه ما ليس في معناه من كل وجه فالكتابة ليست كالبيع مطلقا لانه مبادلة مال بغير
مال ويتصرف المكاتب كالماذون ولا يمتنع عنه المولى عن التصرف لانه يؤدي الى فسخ الكتابة من جهة المولى
وهو لا يملك ذلك لانه من جانبه تعليق العتق معنى وهو تصرف لازم لا يقدر على الرجوع عنه ويسافر المكاتب لان السفر
من باب التجارة ولو شرط ان لا يسافر فله ذلك استحسانا لان هذا الشرط يخالف عقد الكتابة فيلغو ولا يفسد
العقد لانه متمكن في صلب العقد ومثله لا يفسد الكتابة لانها تشبه البيع من حيث انها عقد معاوضة وتشبه
بالنكاح من حيث انها مقابلة مال بغير مال فيفسد لشرط وان كان في صلب العقد ويزوج الامة لانه موجب للمهر
وسقوط النفقة عند البيتوتة فيكون من باب الكسب لا يزوج العبد لانه تنقيص للمال لصيرورة النفقة والمهر
دينا في رقبته والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب فيما كان يملكه المكاتب ولا يزوج المكاتب الا باذنه اي
المولى اي باذن المولى لانه مملوك ولا يكفل مطلقا اي لا يجوز للمكاتب ان يكفل بالنفس والمال لان الكفالة تبرع
محض ليس من التجارة ولا يعتق مملوكه على مال لانه ازالة الملك عن رقبته واثبات المال دينا في ذمته وهو ملك

ليس من الكسب لانه ربما عجز عنه فيضيع ماله لانه حر يدا ويكاتب عبده لانه لا يخرج عن ملكه قبل اداء البدل والقياس
لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله كذا في المبسوط كالاعتاق على مال فيجوز استحسانا وجهه ان الكتابة عقد
اكتساب المال كتزويج الامة فيكون نوع اكتساب مال فان ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة قبله اى قبل اداء المكاتب
الاول كان ولاؤه للمولى لان اضافة الولاء الى المكاتب الاول متعذر لعدم اهليته فيضاف الى المولى لانه
فيه نوع ملك ثم ادى الاول بعد اداء الثاني عتق لا ينتقل الولاء من المولى اليه لانه جعل معتقا والولاء لا ينتقل
من المعتق وان الاول اى وان لم يؤد الثاني قبله بل ادى بعد اداء الاول وعتقه فالولاء له لانه هو العاقد وهو اهل
لذلك ويدخل ولده اى ولد المكاتب من امته في كتابته بالاجماع لان المكاتب لو كان حرا عتق عليه ولده منها
فكذا يكاتب عليه تحقيقا لصلة الرحم بقدر الامكان وكذا ولد المكاتبة من غيره لان حق امتناع البيع ثابت فيها
فيسري الى ولدها وكذا ولد المدبرة وانما دخل فيها فيأخذ كسبه اى المكاتب كسب ولده بخلاف ما اجزنا اعتاق الولد اى اعتاق
المولى ولد مكاتبه مطلقا سواء كان مولودا في كتابته او استولد المكاتب بالنكاح قبلها وقال زفر رحمه الله لا يجوز اعتاقه
لان في نفاذه ضررا لابيه لانه كان احق باخذ كسبه بعد الحرية فيمتنع عليه ذلك ولنا ان المولى كان يملك
عتق مكاتبه الذي هو الاصل فبالاولى ان يملك عتق ولد المكاتب الذي تبع له على ما يسعى المكاتب في بدل الكتابة
انما هو لتحصيل الحرية له ولاولاده فاذا حصل لولده عتق مجانا كان راضيا بظاهر الحال على ان امتناع اخذ
الكسب ليس مقصود المولى بل يثبت ذلك حكما لحكم العتق ولو زوج المولى عبده من امته ثم كاتبهما فولدت
ولدا تبع ذلك الولد في كتابتها اى في كتابة امها ولا دخل للاب فيكون هو احق بكسبها لان للام رجحانا [لكل] في
في تبعية الولد في الحرية والرق حتى لو قتل ذلك الولد يكون قيمته للام دون الاب بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن
انفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد يكون قيمته بينهما لان القبول وجد منهما كذا في التبيين وان ولدت
المكاتبة من مولاها حال الكتابة فادعاه مضت على الكتابة ان شاءت فاخذت العقر من مولاها لانه كالاجنبي
في منافعها فان مات المولى عتقت بالاستيلاد ويسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت من غير وفاء فلا [سعاية]
على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر ولم يدعه المولى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا
لامه ولو مات المولى ذلك عتق وبطل السعاية عنه لان حكمه صار كحكم ام الولد والا اى وان لم يشأ المضي عليها
عجزت نفسها وصارت ام ولد ولو كانت ام ولد جاز لان الكتابة جهة اخرى لاستحقاق الحرية وهي غير منافية لامية
الولد ويسقط البدل بموته اى بموت المولى لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة في بقائها لانها تعتق مجانا من
جهة كونها ام ولد ولو كاتب المولى مدبره جاز اذ لا منافاة بين التدبير والكتابة فان مات المولى وهو فقير لا
لا مال له غير المدبر فهو اى المدبر الذي صار مكاتبا عند ابي حنيفة رحمه الله يسعى لثلثي قيمته او كل البدل اى ان شاء

يسعى كل بدل الكتابة على نجومه لان البدل صار مقابلا بالكل الرقبة وقال ابو يوسف رحمه الله ذلك المدبر بالسعاية
بالاقل منهما اى باقل من ثلثي قيمته ومن بدل الكتابة لا من كليهما نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال يسعى الاقل من ثلثي
بدل الكتابة وثلثي القيمة لان ثلث بدل الكتابة يسقط بحرية الثلث بالموت فلم يجب البدل في مقابلته الا يرى
انه لو سلم له الكل بان يخرج من ثلث المال كل بدل الكتابة فههنا سقط الثلث فصار كما لو تأخر التدبير عن الكتابة
فالخلاف فيما بينهم في الخيار والمقدار وكان مع الاول في المقدار ومع الثاني في نفي الخيار ولهما ان الاعتاق
غير متجزئ فلما مات المولى عتق كله ولا فائدة في التخيير بين الدينين لان العاقل انما يختار اقلهما بخلاف ما اذا تقدمت
الكتابة لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء ولابي يوسف رحمه الله ان البدل وان كان مقابلا بالكل
صورة لكنه مقابل بثلثي قيمته معنى لان المدبر لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق عتقه وهو الثلث فله ان يختار
الاقل منهما وكان الاعتاق متجزئ والمدبر كان مستحقا عتق الثلث مجانا والكتابة بعد ذلك صار بدل الكتابة
مقابلا بالثلثين فلما مات المولى عتق ثلثه وتجزى في الباقي جهتا العتق وهما التدبير والكتابة واحكامهما مختلفة
فالكتابة مؤجل والسعاية معجل والتخيير بين المؤجل والمعجل مفيد وان كان المؤجل اكثر لان الناس متفاوتون
فعسى ان يختار واحد منهم الدين الكثير المؤجل على القليل المعجل ويختار واحد المعجل لقلته على انه يجوز ان
يساوي بدل الكتابة بثلثي القيمة بل ساهله في بدل الكتابة ولو كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق
وبطل الكتابة ولو كاتب عبده بصحة على الف درهم وقيمته خمسمائة فاعتقه في مرضه ولا مال له غيره فهو بالخيار عند
ابي حنيفة رحمه الله بين ان يسعى في ثلثي بدل الكتابة على نجومه وبين ان يسعى ثلثي قيمته وقالا يسعى في الاقل ولا
ولو كاتبه في مرضه على الف درهم وقيمته خمسمائة فمات ولا مال له غيره فعندهما يؤدي ثلثي الالف الكتابة حالة والباقي
الى اجله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي قيمته حالة والباقي الى اجله كذا في الينابيع او دبر المولى مكاتبه جاز ومضى على
الكتابة ان شاء والا اى وان لم يمض عجز نفسه وصار مدبرا لان الكتابة عقد غير لازم في حق العبد وان كان
لازما في حق المولى فان مات المولى ولا مال له سواه وهو يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل عند ابي حنيفة رحمه الله لان ثلثه عتق
في قولهم جميعا لكونه مدبرا وبقي ثلثاه مملوكا عند ابي حنيفة رحمه الله فيتخير العبد ان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى
في ثلثي الكتابة لان الاعتاق متجزئ فسقط عن بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ما شاء وقالا يسعى في اقلهما لان الكتابة
لما بطلت بطل التأجيل واذا اجلت الكتابة والسعاية فيختار اقل الدينين ضرورة فلا يخير ولو كاتباه
اى الشريكان عبدا بينهما فاعتقه احدهما فنصيب الاخر باق على الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق متجزئ
عنده واوجب ابو يوسف رحمه الله على نصف قيمته فان الشريك لان اعتاق نصيبه عتق نصيب شريكه لكون الاعتاق
غير متجزئ فانفسخت الكتابة لان المكاتب لا يكون مملوكا واوجب محمد رحمه الله السعاية اداء لها الضمان على المعتق

في الالف من نصف القيمة ونصف البدل لان المكاتب كان دائرا بين امرين اما ان يؤدي البدل او يعجز نفسه فيكون
رقيقا والمعتق ينبغي ان يملك نصيب شريكه ببدل دائر بين نصف القيمة ونصف البدل فيلزمه ما هو متيقن وهو الاقل
والظاهر ان هذا الحكم يختلف باختلاف الاعسار واليسار عند صاحبيه بناء على اصلهما لكن المعلق عليه على سائر ولو وهب المولى بدل
الكتابة فلم يقبل ولم يرد عتق عندنا وان رد لم يعتق وقالا لا يعتق حتى يقبل وان كاتب نصف عبده فالكتابة جائزة
في النصف عنده فان ادى بدل الكتابة عتق نصفه فان فضل من كسبه شيء فنصفه له ونصفه لمولاه ويسعى في نصف
الباقي فاذا ادى كله عتق كله وقالا صار كله مكاتبا والكتابة تتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله هذا الاصل وفرع عليه كاتب
احد الشريكين نصيبه صار نصفه مكاتبا وصار نصف كسبه له ونصفه للشريك فاذا ادى بدل الكتابة عتق منه
ذلك العبد ويسعى فيما بقي من قيمته وليس للمولى ان يطالبه في الحال ولكن يجعل منجما بحسب طاقته وقالا صار كله
مكاتبا وكل كسبه له ويضمن من نصيب شريكه لانه تملك به عندهما ولو اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته
لان المكاتب اهل لان يكاتب فيكاتب عليه فلا يجوز بيعهما كما لو كان حرا فاشتراهما عتقا عليه تحقيقا للصلة
بقدر الامكان وذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا لان هذا الحكم غير مختص بهما بل جميع من له قرابة الولاد
يدخلون في كتابته تبعا كالام والبنت وابن الابن وان سفل والجد والجدة وان علا الا ان يراد معنى العام
منهما وانما قال دخل ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك
بل يعجز الداخل بعجز الاصل حتى اذا عجز المكاتب تبعه الاب لان كتابة الداخل بطريق التبعية او اشترى المكاتب
ذا رحم محرم منه من غير الولاد كالاخ والعم والخال وابن اخيه وابنهما لم يدخل في كتابته فله بيعه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يتكاتب عليه ولا يجوز بيعه كما في الولاد اذ وجوب الصلة يشمل الكل الا يرى انه لو اشترى واحدا منهم
يعتق عليه وله ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لا يصح نكاح امرأة
لو اشتراها ومن كان كسوبا فقيرا يجب نفقة من له الولاد دون من نفقة غيره وهذا اولى لكون العتق
اسرع نفوذا من الكتابة فاذا اعتق لم يكن فسخه والدخول في الكتابة صلة يختص بموضع وجوب الصلة فيدخل بالحر
اذ في غيره لا يتكاتب عليه بالاجماع او اشترى المكاتب ام ولده وهي زوجته التي ولدت منه بالنكاح والحال انه معه
اي الولد معها اي مع الام لا يتكاتب عليه اي يصير مكاتبا عليه فحرم بيعها لانها تابعة للولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
ولو اشترى المكاتب زوجها لا يتكاتب عليها وله ان يبيعها بالاجماع كذا في الحقايق فان لم يكن معها الولد
في البيع فله بيعها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعها لانها ام ولده كالحرة وكان القياس كان جواز بيعها وان
كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى الا ان حريته
بتبعية الولد انما يثبت ان ثبت للمتبوع وبدونه لا يثبت فان عدم الملك في الام يمنع ثبوت حكم الكتابة فيها عند الشراء

فبقي المنع بعد شرائها فاذا اشتراها وحدها يجوز بيعها لعدم الذي يستتبعها في كتابته فيبقى الجواز بعد شرائه ولو
انه على التفصيل ان اشتراها اولا ثم اشترى الولد حرم بيعها لان الولد يكاتب عليه ولا يحل بواسطته يتكاتب لها اذا اشتراها
وان اشتراها اولا لا يحرم بيعها ما لم يشتري ولدها لانتفاء المقتضي وهو التكاتب ثم اذا اشترى الولد حرم بيعها
لوجود المقتضي واذا كاتب مسلم عبده على خمر او خنزير او قيمة نفسه اي نفس العبد فسدت الكتابة اما في الاولين
لانعدام ماليتهما واما في الثالث فقيمة العبد مجهولة جنسا من الدراهم او الدنانير وقدرا لاختلاف المقومين
والجهالة فيها فاحشة هذا اذا كان العبد والمولى مسلمين او المولى مسلم والعبد ذمي وبالعكس لان
المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها اما لو كانا ذميين فيجوز الكتابة بينهما فان ادى الخمر يحكم بعتقه وان لزم
سعى في قيمته لتحقق الشرط وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة ولا
يعتق المكاتب باداء غير البدل ولو كاتب الكافر بالخمر ثم اسلم احدهما لا يعتق باداء الخمر بالاجماع لان العقد
انعقد صحيحا ابتداء وبعد الاسلام خرجت من ان يكون بدلا لان المسلم ممنوع عن تملكها وتمليكها وباداء غير
البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده على خمر حيث يعتق باداء الخمر لان العقد انعقد فاسدا فيعتق باداء
البدل المشروط فيه من معنى التعليق كذا في التبيين ويسعى في قيمته اي قيمة العبد بالغة ما بلغت لا ينقص عما سمي
ويزيد عليه لان العقد فاسد لزم رده الى الرق وقد تعذر لنفوذ العتق لوجود الشرط فيه فيلزم قيمته كالمشترى
بشراء فاسد اذا اعتق المبيع ويزاد على المسمى اذا زادت قيمته عليه لان العبد رضي بالزيادة مخافة بطلان
حقه في العتق فلا ينقص عنه لان المولى لم يرض بما دونه وهذا الحكم لا يختص بمسئلة الخمر والخنزير بل يعم في الكتابة
الفاسدة كلها حتى اذا كاتب عبده بالالف على ان يخدمه ابدا فالكتابة فاسدة فيجب القيمة فان كانت قيمته ناقصة
عن الالف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه كذا في المبسوط وحكم ابو يوسف بالعتق لاداء عينها او قيمتها
اي قيمة عين الخمر لان العين بدل صورة والقيمة بدل معنى فيعتق باداء ايهما قدر وقال العتق باداء العين اي عين
الخمر معلق باشتراط موقوف على جعل ادائها شرطا فاذا قال ان اديت الي الخمر فانت حر في رواية ابي حنيفة رحمه الله
انه يعتق باداء الخمر لا يراد على طريق الشرط فحينئذ يعتق بالشرط لا بالكتابة ولا يعتق باداء الخمر في هذه الرواية الا
اذا نص على الشرط كما لو كاتب على ميتة او دم فانه لا يعتق باداء العين الا اذا نص على الشرط فاذا وجد الشرط عتق
ولا شيء عليه فلا فرق بينهما وبين الخمر والمعتد لابي حنيفة رحمه الله في ظاهر الرواية عنه يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط
او لم يصرح ولا يعتق باداء الدم والميتة الا اذا ذكر على وجه الشرط والفرق في ظاهر الرواية بين الخمر والميتة ان الميتة
ليست بمال اصلا والخمر مال في الجملة فانعقد العقد باعتبار ماليتها ولهذا يعتق ويلزم قيمة نفس العبد وقال الكرخي في اختلاف
زفر ويعقوب ان ادى قيمته نفسه عتق وان ادى الخمر لا يعتق والحاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يعتق

باداء الخمر وعند ابي يوسف يعتق باداء الخمر ويعتق باداء قيمة نفسه اذا كاتب عليها لانها هي البدل وقد
امكن اعتبار معنى العقد فيه وجهالتها انما اثرت في فساد العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء ثوب لان جهالته متفاوتة على مراد العاقد لتفاوت الاجناس ولم يثبت العتق بدون ارادته والكتابة
على عين الغير التي تتعين بالتعيين في يد العبد وهي من كسبه كما اذا كان عبدا ماذونا في التجارة وكسب قبل الكتابة
جايزة في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو قول زفر وهي رواية عن ابي يوسف رحمهم الله ايضا لانها كتابة على بدل
معلوم ومنعها ابو يوسف رحمه الله في رواية اخرى عنه اي لم يجوز تلك الكتابة وهي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لان المولى كاتبه على مال نفسه والكتابة انما شرعت على مال مكتسب للعبد بعد العقد فهو كما لو كاتبه على
ولا رواية عن محمد رحمه الله ولو كاتب على دراهم في يد عبده وهي كسبه جاز بالاجماع وكذا لو كاتبه على عين في يد غيره
فعن ابي حنيفة رحمه الله انها جائزة حتى اذا ملكها وسلمها عتق وان عجز عن تسليمها رد الى الرق فعلى هذه الرواية
يكون العقد صحيحا وفي رواية اخرى لا يعتق فعلى هذه الرواية لا يكون العقد صحيحا الا ان يقول ان
اديت الي فانت حر فيكون العتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف رحمه الله ان الكتابة جائزة اجاز صاحب
العين او لم يجز لكن تسليم العين واجب ان اجاز صاحبها العقد وان لم يجز وجب تسليم القيمة وعن محمد رحمه الله
انها جائزة ان اجاز صاحبها العقد والا فلا اعتبارا بالبيع فانه يكون عند الاجازة وقال مالك رحمه الله يشتريه
المكاتب ويسلم ولو ابى يسلم قيمته وهو رواية عنا كذا في العيون او كاتب على الف من الدراهم على ان يرد المولى
عليه اي على المكاتب عبدا بغير عينه يجيزها ابو يوسف رحمه الله هذه الكتابة فيقسم الالف على رقبته وقيمة عبد
وسط فما اصاب العبد سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ويكون مكاتبا بما بقي لان عبدا بغير عينه يصلح
ان يكون بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح ان يكون مستثنى وقالا لا يجوز لان العبد لا يجوز
لان العبد لا يجوز استثناؤه من الالف لعدم المجانسة فانما المستثنى هو قيمته وهي لا تصلح بدلا فلم يصح
استثناؤها من البدل فلم يجز عقده للجهالة او كاتب عبده على حيوان غير موصوف يريد به انه بين جنسه
ولم يذكر نوعه ووصفه كما اذا كاتب على عبد ولم يبين انه اسود او ابيض جازت الكتابة لان الجهالة بعد ذكر
الجنس يكون يسيرة فتتحمل في الكتابة لانها مبنية على المسامحة فيجري على القبول كما في الصداق وقد ذكر المصنف
جواز الصداق بحيوان غير موصوف وبقي خلاف الشافعي رحمه الله فيه فلم يشر هنا الى الخلاف اكتفاء بما ذكر هناك
اقتداء لصاحب المنظومة حيث لم يذكر الخلاف في مقالة الشافعي وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول محمد
لانه معاوضة فاشبه البيع ولا يحتمل فيها الجهالة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فاشبه النكاح فيتحمل فيه
عندنا واما اذا لم يبين الجنس كما اذا كاتبه على دابة فلا يجوز بالاجماع لان الجهالة فاحشة وكتابة المرتد تبطل

بقتله مرتدا بسبب كونه مقتولا حال ارتداده عند ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فلما قتل في
ارتداده جعل كالميت من حين الردة فلا تصرف للميت وتجيزها ابو يوسف رحمه الله هذه الكتابة لان تصرفاته
نافذة عنده كتصرف الصحيح اي كتصرفات الاصحاء ولهذا كان كسب زمان الردة ميراثا للورثة فيصح كتابته
لا مرض الموت نفي لقول محمد رحمه الله فانه قال تصرفاته نافذة كتصرفات المريض في مرض الموت لانه صدرت
منه بعد انعقاد سبب الهلاك وهو الردة فيجوز تصرفه في الثلث فان خرج من الثلث شيء يجوز كتابته
والا فباجازة الورثة ولو كاتب الابن اي ابن المرتد عبد ابيه المرتد بعد ردة ابيه اي بين ارتداده وقتله
وقتله كان حال الردة نحن ابطلناها اي تلك الكتابة وقال زفر رحمه الله اجازت لان ابن المرتد وارثه مستندا
الى وقت الردة فظهر انه كاتب ملك نفسه ولنا ان العبد لم يكن ملكا له وقت الكتابة فلا ينفذ عليه عتقه بملك حادث
كما لو باع عبد غيره ثم اشتراه ولو كاتبهما اي عبديه معا كتابة واحدة بالف موصوفة وشرط بانهما ان
اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق نحن حكمنا بعتقهما باداء الكل اي كل الالف لا يعتق احدهما باداء نصيبه
نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال اي العبدين ادى حصته من الالف يعتق فلا يجب اداء الكل لان كلا منهما التزم
حصة نفسه لا حصة الاخر فيعتق كما لو كاتبهما على الف كتابة واحدة ولم يذكر شرطا ولنا انه علق عتقهما باداء
كل البدل فلا يعتق احدهما بدون ذلك لاستلزامه خروج ذلك احدهما عن ملكه بدون رضاه كما لو قال ان
دخلتما هذه الدار فانتما حران لا يعتق احدهما بدخول احدهما وحده بخلاف ما استشهد به لان المولى
لم يعلق عتقهما باداءهما فصار كل منهما ملتزما لحصته فيعتق باداءه او كاتب عبديه على الف لانهما ضامن
حصة الاخر عتقا باداء احدهما كل البدل لان كلا منهما اصيل في حصة نفسه وكفيل في حق صاحبه فايهما
ادى عتق لوجود الشرط ورجع صاحبه بنصيبه اي نصيب ما ادى لصاحبه لانه قضى دينا عليه بامره وكان
القياس ان لا يرجع لان كفالته غير صحيحة لانها انما يصح بدين صحيح وبدل الكتابة غير صحيح لكونه
منه او يصح كفالته تبعا لان عتقهما متعلق باداء كل منهما فيجعل كل منهما اصلا في وجوب الالف وان كان بدلا
بالالف في حق صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم الى الخروج من الرق او كاتب على الف وخدمته ابدا فسدت الكتابة
لان هذا الشرط ينافي مقتضى العقد لان مقتضاه ان تصير المكاتب احق بمكاسبه ونفسه وشرط الخدمة ابدا
ينافيه فان اداها اي الالف في هذه الصورة عتق بالاجماع وان كانت الالف هي اكثر من قيمته نحن حكمنا
بعتقه من غير استرداد الفضل اي من غير ان يسترد المكاتب ما زاد على قيمته على مولاه وقال زفر رحمه الله
يسترد لان الواجب في الكتابة الفاسدة القيمة لا الاكثر منها فيسترد الزيادة كما في البيع الفاسد ولنا
ان العقد وان اقتضى الاسترداد لكن العبد رضي باداء الالف الذي وقع شرطا وهو لا تقتضيه لان الرق

وهو العتق مرتب عليه فلا يثبت حق الاسترداد بالشك لان العقد يقتضي الاسترداد والشرط لا يقتضيه
فرجح الشرط لترتب العتق عليه فان عجز عن نجم اي المكاتب المنجم عجز عن اداء بدل نجم واحد ينظر الحاكم في حاله
فان كان له دين يقتضيه الحال صفة دين اي دين يرجى ان يكون مقبوضا اداؤه له على مال يتقدم اي يرجى
قدومه انظره الحاكم اي لم يحكم بتعجيزه ولم امهله يومين او ثلثة نظرا للجانبين ولا يزاد عليها لان
هذه المدة مضروبة لابلاء العذر كما في خيار الشرط وامهال المرتد وعنده تلك مدة الامهال مفوض
الى الحاكم وعند الشافعي رحمه الله لو ماله على غايب مع السفر لا يوخره وبما دونه يوخره الى ان يحضر
كذا في العيني وان لم يكن له اي لم يكن للمكاتب جهة يرجى منها وصول المال حكم الحاكم بعجزه بطلب مولاه تعجيزه
برضاه وفي رواية بعجزه وفسخ الكتابة كان ليس وفي رواية تفسخ الحاكم بلا رضاه وهو قولهما وان فسخ
ولعلهم رحمهم الله كذا في العيني فرده في الرق واخذ المولى اكسابه لانها كسب عبده وصار الكتابة كان لم يكن
وقال ابو يوسف رحمه الله الحاكم بتاخيره اي بتاخير العجز بنجمين لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على
المكاتب نجمان وعجز عن ادائهما يرد الى الرق وقالا يرد الى الرق بدون التوالي عليه بنجمان لما روي عن ابن
عمر رضي الله عنه ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وحديث علي رضي الله عنه سكت عن حكم نجم ولا يرفعه فالعاجز
عن نجم يكون اعجز عن نجمين غالبا وان عجز عند غير القاضي فرده مولاه الى الرق برضاه جاز لان الفسخ [illegible] بتراضيهما
وهو جائز بغير عذر فبعذر اولى وان ابى العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانبه و
ان مات المكاتب عن مال يفي بما قضيت له كتابته منه اي من ذلك المال وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته
وما فضل منه يقسم بين ورثته لانه جزء من احرار وهذا لا تبطلها اي الكتابة بموت المكاتب وقال ان فيه
تبطل بموت عبده ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله ومالك لان المقصود من هذا العقد العتق فلم يمكن اثباته
بعد الموت لان العتق قوة والموت عجز فيتنافيان ولم يمكن اثباته قبله لعدم الاداء ولنا ان البدل
بموته انتقل الى تركته كسائر الديون فيعتق لتخلص ذمته عن الدين الا انه لا يحكم به ما لم يصل البدل
الى المولى رعاية لحقه ومتى ادى منها صار كادائه بنفسه قبيل الموت والمسئلة مختلفة في الصدر الاول
فامامه في ذلك زيد بن ثابت وامامنا علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان مات بلا مال او عن مال لا يفي به
تبطل الكتابة بالاجماع او مات المكاتب عن مولود صغيرا او كبيرا كوتب معه كتابة واحدة فان كان الولد
صغيرا يتبعه كبيرا وان كان كبيرا لجعلا كشخص واحد حال كونه في الكتابة بلا مال وخلف مولودا في كتابته
يسعى المولود كالاب اي يسعى على نجومه بالاجماع لانه دخل في كتابة ابيه وكسبه كسب ابيه فجعل اداؤه كاداء ابيه فاذا
ادى حكم بعتق ابيه في اخر حيوته وعتق الولد او مات عن الولد المشترى اي مشتري المكاتب له وولده

وان سعى الولد او مات بلا وفاء يؤدي حالا اي يعجل اداء بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله والا ان لم يعجل
اداءه يرد الى الرق عنده وعندهما كالاول اي قالا الولد المشترى كالمولود في الاداء على النجوم وهو قول الكل رحمهم الله
كذا في العيني لان المشترى يتكاتب عليه كالمولود في حال كتابته فيسعى على نجومه وله ان المولود في الكتابة
كان متصلا به وقت العقد لانه ماء في حكم اليه وقائم مقام ابيه واما الولد المشترى فيتكاتب عليه بحكم التبعية
فاذا مات فات العقد بفوات المتبوع ففات في حق التبع ايضا لكنه اذا عجل الاداء صار كانه مات عن وفاء وكان
الكتابة باقية وكذا الخلاف في الابن المشترى وان علا والام ولو كاتبها المولى امة بشرط الخيار له ثلثة
ايام لنفسه فولدت في المدة اي في مدة الخيار فهلكت فاجاز المولى عتقه ابطلها محمد رحمه الله كتابتها فلا يصح اجازة
المولى فيكون الولد للمولى وقالا يسعى الولد كامه البدل لكون كتابتها صحيحة باجازة المولى في المدة
واذا ادى عتقت الام في اخر جزء من حيوتها وعتق ولدها ولو كان الخيار للامة فموتها يكون بمنزلة قبول
الكتابة لكنها لما اشرفت على الموت عجزت عن التصرف بحكم الخيار فسقط خيارها ولا يورث الخيار كما
في البيع فيكون يورث من الكتابة كذا في الحقايق له ان العقد يبطل بموتها في المدة كما في البيع فلم يصح
اجازة المولى بعده لم يصر مكاتبة معه حتى يقوم الولد مقامها ولهما ان الولد متصل بها وقت الانعقاد و
قابل لحكم الكتابة لانه قابل لنفس الحرية فيثبت وله العقد على الولد الذي انعقد عليها وهو ترتب نفاذ على الاجازة
في مدة الخيار على جميع اجزائها فقام الولد مقامها فنفذ العقد عليه فبقي العقد ببقائه وسبب نفاذه على انه
مستند الى وقت الانعقاد بخلاف ولد المبيعة اذا هلكت في مدة الخيار المبيعة بشرط الخيار لان البيع لم يرد
على الولد لعدم قبول الولد حكمه وانما يثبت فيه ما يثبت في الحكم تبعا لها فاذا لم يثبت فيه حكم البيع في الاصل
فلا يسري الى التبع ولو لحق المكاتب بدار الحرب بنفسه وترك مالا في دار الاسلام بحيث منعنا الحكم بموته فبقي
الامر موقوفا ثم ان عاد مسلما اخذه اي اخذ ماله ويكون كما كان قبل الردة وان مات المكاتب لدي عنه اي
ادى بدل الكتابة عن ماله وقال زفر رحمه الله لحاقه بدار الحرب مرتدا كموته حتى يعتق مدبره وام ولده ويؤدي
البدل منه ويقسم الباقي بين ورثته كما في الموت حقيقة ولنا انه ليس كالمرتد لان ملك المولى قايم في رقبته وله
حق في كسبه وان كان في حال ردته باحتمال عوده مسلما وعجزه فصار قيام حق المولى مانعا من جعل ما اكتسبه حال
الردة فلا يكون كالمرتد مطلقا فوجب التوقف رعاية لحقهما ولو قتل المكاتب رجلا خطاء فصالح ولي القتيل
على مال واقر به اي المكاتب بقتل خطاء فقضى عليه الحاكم على المكاتب بالقيمة اي بقيمة المكاتب فان عجز عن
اداء بدل الكتابة فرد الى الرق او اقر به المكاتب بقتل عمدا ثم صالح ولم يؤد بدل الصلح حتى عجز فهو مطالب به
اي المكاتب يطالب بالمال بعد العتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يطالب مطلقا في الحال ويباع فيه وبعد الحرية لان صلحه

صحيح واستقر بدله دينا عليه بدليل جواز اداء الصلح من قبل اداء بدل الكتابة ولا يبطل بعجزه كدين الاجنبي
ولسان المكاتب انما يملك التجارة والصلح عن دم العمد ليس بتجارة ولا كسب لانه مقابلة مال بما ليس بمال فلم يكن
نافذا في حق المولى وانما يطالب قبل العجز لانه يؤدي من كسبه من غير ضرر يلحق المولى وكذا اقراره بالخطأ
وقضاء القاضي عليه بالقيمة غير لازم في حق المولى دفعا للضرر عنه ولازم في حقه فصار كعبد محجور اقر بقتل
شخص عمدا او للتنبيه ولهذا صح اقراره في حقه ويقتل به ولو عفى احدهما انقلب نصيب الاخر مالا الا ان العبد يطالب بعد العتق
ولو جنى المكاتب خطأ ثم عجز قبل القضاء اي قبل ان يقضي الحاكم بموجب الجناية يخير مولاه بين الدفع اي دفع
عبده بالجناية والفداء بارشها ويخير مستسعيا ايضا مطالبة العبد في الحال بقيمته وقال زفر رحمه الله لذلك لان موجب
الجناية وهو القيمة تعين على المكاتب حال الكتابة فبقي بعد العجز كسائر الديون فباع فيه لان فيها المانع من الدفع
يوجد وقت الجناية وهو الكتابة فبقي بعجزه كما لو عجزه بعد القضاء بالقيمة ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع
وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع وهو الكتابة كان محتملا للفسخ فلم يثبت الانتقال الى القيمة الا
بالقضاء او بالصلح عن الرضاء او بالموت عن الوفاء ولو تكررت جناية المكاتب قبل القضاء بموجبها لحق اي وجبت
قيمة واحدة فتقسم للاولياء في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفع نفسه متعذر لكونه مكاتبا لا يستحق الدفع
نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يدفع لكل جناية قيمة تامة لان من اصله ان موجب الجناية متعلق برقبته لتعذر الدفع
فتساوي القضاء وعدمه فيجب لكل جناية قيمة كما لو جنى بعد القضاء ولنا ان جناية العبد متعلق برقبته دفعا
الا اذا امتنع الدفع فيجب القيمة وهنا المكاتب لم يمنع الا رقبة واحدة فلا يجب الا قيمة واحدة واما اذا قضى للاولى
تحول موجب الجناية الاولى من رقبته دينا عليه في ذمته واذا جنى ثانية تعلق موجبها برقبته لانها فرغت عن الشغل
الاول بالتحول الى الدين وهكذا الثالثة والرابعة واذا مات المولى لم ينفسخ عقد الكتابة لان حرمة الكتابة لا يجوز
ابطاله ويؤدي الكتابة اي بدلها على نجومها الى الورثة لانه استحق الحرية على هذه الصفة لانعقاد السبب كذلك فيبقى
بهذه الصفة ويعتق باعتاقهم اي باعتاق الورثة كلهم اي يعتق المكاتب من جهة الميت حتى يكون الولاء للذكور
من عصبته دون الاناث لان المكاتب لا يورث وانما يورث ما في يده ولهذا لم يعتق باعتاق احدهم ولو كانت امرأته
بنت المولى لم ينفسخ النكاح ولو طلقها يقع طلاقه لانهم ابرؤه عن حقوقهم فيعتق كما لو ابراه مولاه لا باحدهم اي
باعتاق احدهم لانه ابراء حقه فقط لان جعل العتق ابراء بطريق الاقتضاء تصحيحا للعتق فلا يثبت بابراء البعض
في بعض المكاتب لان رق ما بقي عليه درهم فكما اداء بعض البدل لا يعتق فكذا بابراء بعضه لا يعتق بخلاف
اعتاق احد الشريكين في العبد المشترك كما مر ولو مات المولى وقد كاتبه في مرضه اي في مرض الموت بالف الى
سنة وقيمته نصفها اي نصف الالف وهو خمسمائة وقال انه لا مال للمولى سواه ولا اجازة لورثة كتابته افتي محمد رحمه الله

بان يعجل ثلثي قيمته اي يؤدي ثلثي خمسمائة حالا وهي ثلث مائة وثلثة وثلثون وثلث نصف درهم ويكون
الثلث باقيا عليه الى اجله ان شاء والا اي وان لم يؤده كذلك يرد الى الرق وعندهما افتيا بثلثي البدل اي البدل
اي ثلثي الالف وهي ستمائة وستون وثلثا درهم حالا وبتاجيل الباقي ولو كان بدل الكتابة نصف قيمته ولم
يجز الورثة يعتبر بان يعجل ثلثي قيمته بالاجماع لان المحابات وجدت في القدر والاجل فوجب اعتبار الكل من ثلث
ماله وبهذا التقدير يسلم بل لان بدل الكتابة اكثر من قيمته ولو كاتبه مثل قيمته بان كان قيمته الفا فكاتبه
على الف منجمة يقال له عجل ثلثي بدل الكتابة والثلث عليك الى اجله بالاجماع لان التاجيل من المريض تبرع
وتبرع المريض يصح فيصح الاجل في ثلثه ولا يصح في الثلثين فبقي الثلثان ولو كاتبه على اقل من قيمته بان كانت قيمته
الفا وكاتبه على خمسمائة يقال له عجل ثلثي قيمتك والا رددت الى الرق بالاجماع لان المريض كان يملك تركها
على القيمة بان يكاتبه على قيمته فيملك تاجيلها بالطريق الاولى لان التاخير اهون من الابطال وصار كما لو خالع
امراته في مرض موته على الف الى سنة فانه يعتبر من كل المال لانه لو طلقها بلا بدل صح ويصح تاجيله ولهما ان حق الورثة
كان متعلقا بجميع البدل فيصير متعلقا بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه
بخلاف بدل الخلع لان حق الورثة لم يكن متعلقا بجميع المبدل وهو البضع فلا يصير متعلقا بالبدل وحاصل
الخلاف ان المحاباة بالاجل يعتبر وصية من الثلث عندهما لانه تبرع وعنده يعتبر وصية في قدر القيمة من الثلث
وفيما زاد عليه من كل المال ولو كاتبه على الف منجمة فصالحه على خمسمائة حالة جاز استحسانا في قولهما وقال ابو يوسف رحمه الله
لم يجز وهو القياس كذا في الينابيع ولو اوصى لمكاتب بالثلث ثم عتق ثم مات فهي اي الوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا صحيحة لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر اهلية الوصية عند الموت وله ان المكاتب في وقت
الوصية لم يكن اهلا للتبرع لانه لا ملك له حقيقة فيبطل ولو مات المكاتب قبل اداء بدل الكتابة بطلت وصيته
بالاجماع هذا الخلاف في المال الذي اكتسب بعد العتق واما فيما اكتسب قبله فلم يثبت الوصية بالاجماع وكذا
الخلاف فيما اذا قال اذا امت فقد اوصيت بثلثي مالي واما اذا قال اذا اعتقت فقد اوصيت بثلث مالي صحت الوصية
بالاجماع كذا في الكافي واعلم ان الكتابة كما تكون على المال تكون على خدمته في زمان معين ومدة معينة ذكر في
المحيط ولو كاتبه على ان يخدمه شهرا جاز استحسانا لا قياسا لانه شرط بغير مقتضى الكتابة لان مقتضاها ان
يصير المكاتب احق بمنافعه وينقطع عنه يد المولى ومتى صحت الكتابة على خدمته لا ينقطع يد المولى عنه ما لم
يستوف الخدمة ولان الخدمة على المولى واجبة سواء كاتبه او لا وجه الاستحسان ان اعمال الخدمة معلومة
معروفة فيما بين الناس عرفا ولهذا جاز الاجارة عليها والمعروف عرفا كالمشروط شرعا وشرط الخدمة يقتضيه العقد
لانه شرط يكون احق ببعض منافعه فيعتق بالاستيفاء ولو شرط لبعض اكسابه ليعتق بالاستيفاء وكان شرطا

جايز لتقضيه العقد فكذا اذا شرط ان يكون احق لمنافعه لان الكسب خلف عن المنفعة وكانت الخدمة قبل الكتابة غير متعينة وبالعقد عليها يكون متعينة لازمة عليه بدل الكتابة ويجوز ان يعجز نفسه عن الخدمة لان الكتابة عقد يقبل الفسخ فانها من جانب المولى شرط وجزاء فهو بمنزلة اليمين حتى لا يقبل الفسخ ولا يحتمل النقض ولهذا لا يصح رجوعه ومن جانب العبد قبول البدل والعتق معلق باستيفائه وهو شرط فينفسخ من جهته حتى يجوز بيعه برضاه وله ان يعجز نفسه فيرده الى الرق كذا في النوازل وهذا لازم عقد الكتابة والفرق بين العتق على خدمة و بين الكتابة على خدمة ان لم يذكر على وجه التعليق بان يقول انت حر على الف او على خدمة سنة فقبل العبد عتق حالا والمال او الخدمة دين عليه فيصح الكفالة به لانه دين صحيح على حر فهو معاوضة كالبيع فيجبر المولى على القبول اذا احضر المال وان ذكر على وجه التعليق لا يعتق الا بوجود الشرط فيجوز بيعه قبل وجود الاول بلا رضاء العبد كما في ساير التعليقات في الاداء او بوجود الخدمة والثاني على وجه المقابلة والمعاوضة وفرق آخر ان العتق على مال وخدمة تعليق ابتداء معاوضة انتهاء والكتابة على مال او على خدمة معاوضة ابتداء وانتهاء ولهذا اعتبر قبول العبد في المجلس كالبيع وقدم في باب العتق تفصيله وفرق آخر ان الولد المولود لا يتبع فيه وان ولد قبل الاداء ويدخل في الكتابة

فصل

في الولاء من الولي وهو القرب في الشرع اسم للقرابة الحاصلة بسبب العتق او عقد الموالاة وهي نوعان ولاية عتاقة ويسمى ولاء نعمة وولاء موالاة وسياتي ذكره يثبت ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة وولاء موالاة وسياتي ذكره يثبت ولاء العتاقة لمن اعتق او عتق بسببه كالكتابة والاستيلاد وشراء القريب والتعليق بالشرط الواقع بعد الموت كالوصية بشراء العبد وعتقه بعد الموت فان ولاءه للميت وان تاخر الوقوع لان فعل الوصي كفعله او حصل على ملكه كمن ورث قريبه فانه يعتق عليه والولاء له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ذكرا كان او انثى ولو شرط العتق الولاء لغيره او سائبة بان قال المعتق ان لا يكون له ولاء بينهما بطل الشرط لانه شرط مخالف للحديث المذكور واذا مات المولى فالمعتق بفتح التاء قد عصبته النسبية على مولاه اي المعتق بكسر التاء لما روي ان ابنة حمزة اعتقت عبدا فمات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف لبنته ونصفه لابنة حمزة وروي ان النبي عليه السلام رجل معه غلام فقال ما هذا فقال عبدي رايته في السوق اشتريته واعتقته فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا فانت عصبته واذا مات المولى ثم مات المعتق وورثه بنو مولاه دون بناته ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن اليهن من قوله ليس للنساء الى هنا لفظ الحديث اورده تحصيلا للحكم ولم يبين كونه حديثا لشهرته ولان البنات ليس عصبة بان تزوجت عبدا معتقة الغير فولدت ولدا كان ولاؤه لمواليها اي ولاء ذلك الولد

١٩٢

يكون لموالي امه لان اباه عبد لا ولاء له فان اعتق اب العبد جر ولاء ابنه الى مواليه اي موالي الاب وفي لفظ ابنه رد قيح اتفاقا لان جر الولاء في البنت كذلك وهذه صورة الجر ولاء وكذلك الحكم في معتق معتقه وصورته ان معتق المرأة عبدا فيشتري العتيق عبدا فزوجه معتقة الغير فولدت ولدا فولاؤه لموالي امه لما بينا فان اعتق المرأة عبدها جر ولاء الولد اليه ويكون ذلك الولاء لمن اعتق ولو اعتقت الامة بعدما تزوج عبد الغير والحال انها حامل او ان اتت به اي الامة بولد لاقل من ستة اشهر من حينئذ اي من حين عتقها لم ينتقل الولاء من مولى الام ابدا لانها لما عتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حملها في ذلك الوقت فوقع عتق حملها مقصودا لا بجر وقد فلا ينتقل من مواليها الولاء على التابيد لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق او لو اتت به لا كثر منها اي لاكثر من ستة اشهر من وقت عتق يجر العتيق ولاء ابنه من موالي الام الى مواليه لان وجود الولد وقت العتق غير متيقن حتى يرد العتق عليه فيعتق الولد تبعا لامه فيتبعها في ولائها فبعد عتق ابيه جر الاب ولاء ابنه الى مواليه وكذا اذا تزوج العبد حرة فولدت اولادا فولاء الاولاد لموالي الام معتقة كانت او موالاة كذا في المبسوط هذا اذا لم يكن معتدة وان كانت فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج وان ولدت معتقة سواء كانت معتقة العرب او العجم من العجمي حر الاصل او ان ولدت معتقة الغير ولدا من مولى الموالاة اي من رجل والى رجلا او لا مولات يجعل ابو يوسف ولاءه لمولى ابيه اي الميراث لعصبة ابيه على ما ذكر في صدر الشريعة او استحقاق الميراث على ما ذكره غيره قال العتابي في شرح الجامع الصغير ولو كان الابوان عربيين لا ولاء لاحد لان العربي حر الاصل لا استرقاق عليه فمن هذا ظهر ان لا ولاء في حر العجمي وانما يتصور في جانب الام لان الولاء كالنسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب ثابت من الآباء فكذا الولاء وقالا لمولى امه لان ولاء العتاقة قوي حتى يعتبر الكفاءة به والنسب بين الاعجمين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولا تفاخر لهم به ولهذا لم يعتبر الكفاءة به وكذا ولاء الموالاة ضعيف ولهذا يقبل الفسخ والضعيف لا يعارض القوي بخلاف ما اذا كان الاب حرا عربيا لان النسب فيهم قوي لتفاخرهم به فيكون الميراث لقوم الاب بالاجماع لشرف نسبه ويقيد بحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا فترجح جانب الاب وقيد الاب بحر الاصل اذ لو كان للام حرية الاصل والاب معتق لا ولاء لاحد في جانب الام لان الولاء فرع العتق في جانبها والولاء لمولى الاب بالاجماع فالميراث لمولاه بعد اخذ فرضها قال الامام السرخسي في شرح المبسوط فجوابها استدل ابو يوسف بان نبطية تزوجها رجل من الموالي فولدت له ولدا فان الولد نسب الى قوم ابيه دون قوم امه فكذلك اذا كانت معتقة

لان كونها عربية وكون المعتقة سواء بينهما في جانب الاب ولكن فرق ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله بينهما وقالا في الفرق
لان العربية لم يجر عليها نعمة عتاقة ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة فالولد منسوب الى قومها بالولاء والنسبة قوية
ومعتبرة شرعا واذا كانت عربية فلو نسب الولد الى قومها انما ينسب بالنسب والانتساب الى الام بالنسب ضعيف جدا
وكذا بواسطة الام الى اهلها حتى لا يستحق العصوبة بمثل هذا النسبة ولهذا رجحنا جانب الاب فاندفع به ما قال
صاحب الدرر والغرض انه اذا كانت الام حرة اصلية تقدم في الارث على اولاد المعتق وجعل المسئلة ثنوية
في هذه الصورة فان اردت التفصيل فانظر الى رسالتنا المعمولة في الولاء واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه
او والى غيره على انه يرثه اي ذلك الرجل منه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى يعني يعطي ذلك الرجل دية جناية من والاه
صح ان لم يكن مولا عتاقة قيد به لانه قوي فلا ينفسخ فلا يظهر بوجود الاقوى وهو شرط عقد الموالاة ولو شرط
الارث والعقل من الجانبين جاز وكان كما شرطا ومن شروط الموالاة ان يكون عاقد الموالاة عاقلا بالغا
حرا ولو والى الصبي باذن ابيه جاز لانه من اهل الولاء ولو والى العبد باذن مولاه جاز ايضا ويكون الولاء
لمولاه والعبد وكيلا عنه ومن شروطها ان لا يكون المولى عربيا لان العرب يتفاخرون بانسابهم وذلك
اغناهم عن نصرة الموالاة وقرر النبي عليه السلام التناصر بنوعيه فقال مولى القوم وحليفهم منهم والمراد
مولى الموالاة لانهم كانوا يذكرون الموالاة بالحلف والاسلام على يده فليس بشرط واليه اشار المص بقوله
او والى غيره وكذا كونه مجهول النسب ليس بشرط عند البعض وهو المختار وهو يرثه اذا لم يكن وارث
اخر سواء كما شرط وهو مؤخر عن ذوي الارحام وقال الشافعي رحمه الله وهو قول مالك ولهم رحمهما الله كذا في العيون
لان سبب الارث القرابة او الزوجية والعتق بالنص فلم يوجد في الموالاة واحد منها ولنا قوله تعالى والذين عقدت
ايمانكم فآتوهم نصيبهم اي حظهم فالاية تقتضي ارث مولى الموالاة الا ان ارباب الفروض والعصبات واولي
الارحام يتقدمون عليه لانه سئل النبي عليه السلام عن رجل اسلم على يد رجل ووالاه فقال هو احق الناس بحياته
ومماته اشارة الى العقل والارث ولانه ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والمابيت المال فالصرف اليه لعدم
المستحق لانه لا يستحق ولما روي عن عمر رضي الله عنه وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا بالتوريث
بولاء الموالاة ولم يرو عن غيرهم خلافه فكان اجماعا منهم ويجوز فسخه قولا لكل من الجانبين بغير رضاء صاحبه
لانه عقد تبرع فلا يكون لازما لكن انما يفسخ بحضرة صاحبه لان العقد تم بهما فلا يفسخ احدهما الا بحضرة
صاحبه كالمضاربة والشركة وفعلا اي يجوز فسخه بفعل كما اذا والى الاسفل اي الذي اسلم في يد رجل ووالا
رجلا اخر وهو الاعلى حتى ان كان كل واحد منهما اسلم في يد رجل لا يمكن الاسفلية والاعلائية فيكون ذلك فسخا
للعقد مع الاول وان لم يكن بحضرته لان انفساخ العقد في حق الاول ثبت ضمنا لصحة العقد مع الثاني كالعزل الحكمي

في الوكالة الا ان يعقل عنه فح لم يكن له ان يتحول بولائه الى اخر لتعلق حق الغير به ولو اقر به عتاقة اي لو اقر
رجل بانه مولى فلان عتاقة فقال بل هو مولاه اي قال انت مولاي موالاة ثبت الموالاة لتصادقهما على
اصل الولاء والانتقال عنها لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يثبت بالنكول عن اليمين وقالا يجوز فيثبت بالنكول
عن اليمين وكذا لو كذبه اي المقر في الولاء اصلا بان قال ما اعتقتك ولا اعرفك ثم اقر به لغيره لا يجوز عنده
خلافا لهما لان الثابت منه ولاء الموالاة وهو يقبل الفسخ والنقل لان الولاء انما يثبت بتصديق المقر له
فيثبت بقدر ما صدقه وهو انما صدقه لمولى الموالاة وهو يقبل النقل في صورة التكذيب لما بطل اقراره
بتكذيب المقر له صار كان لم يكن فيجوز اقراره لغيره وله ان الثابت منه ولاء العتاقة لان المقر له يزعم ان عليه
ولاء العتاقة لان المقر يزعم ان عليه ولاء العتاقة فيعامل باقراره لزعمه انه محق فيه ولا يؤثر التكذيب لانه اقر
بما لا يحتمل النقض فلزمه كما حكم بشهادة على رجل فردت شهادته لتهمة ثم ادعى الشاهد نسبه لم يصح فكذا هذا
واذا ولدت مجهولة النسب بعدما والت فهو تبع لها فيه اي الولد تابع لامه في الولاء عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون مولى
لمولاها وكذا لو اقرت به اي بالولاء لفلان فصدقها او انشأته والحال انه معها اي الصبي المجهول النسب معها
هذا القيد للمسئلتين الاخريين فالحكم عنده انه تابع لامه في الولاء كما في المسئلة السابقة وقالا لا يثبت ولاء ابنها
في هذه الصورة لان الام لا ولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه ولان الولاء بمنزلة النسب
فلا يكون نفعا محضا في حق الصغير المجهول النسب فيملك الام اثباته بالانشاء او الاقرار كقبول الهبة والله اعلم

كتاب الجنايات

الجناية هي اسم يقع على الفعل الضار
في النفوس والاطراف ولو وقع على المال سمي الفقهاء باسم اخر وهو الغصب والسرقة فالجناية على النفس هي القتل
بانواعه وعلى الطرف هي القطع واكثر الشجة والجرح وهذا الباب مقصود لبيان ما يتعلق بها من الجنايات
من الاحكام والقتل ازهاق الروح وهي غير محسوسة فيكون القصد اليه بضرب سلاح او جارح عامل في
الظاهر والباطن فاذا قتل رجلا وهو من اهل العقوبة والمقتول معصوم الدم على التابيد اي ليس المقتول
بولده ولا ولد ولده وان سفل ولا عبده ولا له عليه شيء من الرق يتحقق منه بالسيف لان القتل بغير حق
من اعظم الجنايات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى من اجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير حق
او فسادا في الارض فكانما قتل الناس جميعا وينقسم القتل الى عمد وشبهه وخطأ وما جرى مجراه والقتل وهي
خمسة اقسام بسبب وكل من هذه الاقسام مفسر في المتن عند بيان احكامه فالقصد بسلاح كالسيف و
السكين والرمح والنشابة والابرة او ما ناب به في تفريق الاجزاء كالخشب المحدد او الحجر المحدد او الليطة وهي
قشر القصب او بالنار لانه في اصح الروايتين وكما يتعلق به الذكوة اذا قتل به فعليه القصاص كان عمدا وفي

ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص كما لو ضربه بعمود فقتله
سواء اصابه بحدة الحديد او ظهره جرحا او لا وفي رواية الطحاوي لم يجب عليه القصاص الا ان يجرحه وهذه الرواية
اصح وهو القياس وما ذكره في الاصل هو الاستحسان فان اصابه بظهره فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وعنه
وجوب القصاص نظرا الى الالة الى الحديد وعنه يجب ان جرح وعندهما وعند ان في رحمه الله يجب في الحجارة
بعود المرة وان كان مما يطيقه الانسان فلا قصاص بالاتفاق فيأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم ونحن لا نوجب الكفارة في العمد قال الشافعي هي واجبة وهي رواية عن احمد رحمه الله لانها شرعت
لمحو الاثم والاثم في العمد اكثر فكان احوج الى التكفير ولنا قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن
الاشراك بالله وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وقتل النفس عمدا واليمين الغموس ولا يلزم من كون الكفارة
ساترة للخطاء ساترة للعمد وهي كبيرة محض ونحن نوجب به العقود اي بالعمد القصاص لا الخيار بينه و
بين الدية نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال ولي القتيل مخير بين القود والدية يطلب ايهما شاء بغير رضاء
القاتل وهو قول احمد رحمه الله ورواية عن مالك رحمه الله تمسكا في الميمون لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فاهله بين خيرتين
ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وقوله اخر منه موجبه القود كقوله ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الاية والقصاص ينبئ عن المساواة فيتحقق فيه لانه اتلاف الروح دون ما ذكره لان الانسان خلق
مكرما بانواع الكرامات من الخلافة وحمل الامانة اذ لا مماثلة بين المال والنفس صورة ولا معنى فيجزي عند تعذر
القصاص وتاويل ما رواه ان احبوا قتلوا ارضي به القاتل او لم يرض وان احبوا اخذوا الدية ان رضي به
القاتل الا ان يصالح القاتل او يعفو الاولياء اي الوارثون يورث دم المقتول كساير امواله ويستحقه من يرث
من ماله ويحرم ما يحرم من ارثه ويدخل فيه الزوج والزوجة وساير ورثته على فرائض الله فلا يدخل فيه الموصى له
لان ما يستحقه من المال انما يستحقه بطريق الصدقة فيسقط القود لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء في الاول ولاسقاط
حقوقهم في الثاني برضاهم او يصالحوه على مال برضاه اي برضا القاتل فيجب البدل قليلا كان او كثيرا لعدم التقدير
الشرعي فيه فيكون مفوضا الى اصطلاحهم كالخلع في ماله اي مال القاتل على ما اصطلحوا من تعجيل او تاجيل او تنجيم
لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وان لم يذكروا شيئا كان المال حالا كساير المعاوضات عند الاطلاق
وانما يتحمل القاتل بدل الصلح لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا وهذا عمد وصلح فاذا لم يتحمل
العاقلة فيجب في ماله تحرزا عن الهدر وفي البزازية قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح مع احدهما عن الدم على خمسين
الفا خمسة وعشرون الفا ولغير المصالح خمسة الاف نصف الدية وعن الامام ان الصلح في القتل العمد ايضا
على اكثر من الدية ولو من جنس الواجب باطل كما في الخطاء لكن المشهور ان ذلك في الخطاء وفي العمد يصح كما ذكرناه و

في الخطاء لا يجوز على اكثر من جنس المقادير قبل الحكم ويجوز بغير جنسه وكذا بنوع اخر بعد الحكم
صالح في الخطاء على الف بقرة والف دينار ومائة الف الاف صح وان صالح على بعض هذا النوع بالاقل يجوز وان صالح
بالاكثر لا يجوز او سقط القصاص بشبهة كما في قتل الوالد ولده عمدا فيجب الدية في ماله اي في مال القاتل في ثلث سنين
لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد بخلاف ما وجب بالصلح فانه يشبه ثمن المبيع او يعفو بعضهم
او يصالح عن نصيبه فيسقط القصاص عن كل الورثة لانه لا يتجزى فلما سقط القصاص في نصيب غير العافي
او المصالح انقلب حقه الى المال لا يسقط بلا عوض ولم يجب القاتل لعدم التزامه فيجب بقيتها اي بقية الدية على القاتل
في ثلث سنين كما في الخطاء لانه مال وجب بغير قصد من القاتل فصار كالخطاء ونحن اعتبرنا بالصلح في مرض
الموت اي صلح القاتل عن قتل العمد في مرض موته معتبر من كل المال لا الثلث نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يعتبر من
ثلث المال لانه ما اعطاه تبرع لكونه غير مقابل بمال فيعتبر من الثلث ولنا انه في مقابلة اعز الاشياء وهو النفس فلا
يكون متبرعا وقايسنا وان الشافعي رحمه الله جعلوا شبه العمد نوعا من القتل لان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا
على انه نوع للقتل وفرعوا عليه احكاما وقال مالك رحمه الله انه ليس نوعا اخر بل القتل نوعان عمد وخطاء لا غير
وشبه العمد عمد عنده اذ لا واسطة بينهما كما في ساير الافعال وعندنا اقسام القتل خمسة كما حصر وان شئنا
قلنا اقسامها ثلثة عمد وشبهه وخطاء لان القسمين الاخيرين احدهما اجرى مجرى الخطاء والاخر ليس بقتل
مباشرة وهو اي شبه العمد ان يقصد القاتل الضرب بما لا يفرق الاجزاء عند ابي حنيفة رحمه الله كالحجر العظيم
والخشبة العظيمة وعندهما وعند الثلثة القتل بها يوجب القود لانه عمد عندهم لان تفسير العمد عندهم
ضرب قصدا بما لا يطيقه البنية وقالوا شبه العمد هو ضرب بما لا يقتل غالبا وهو قول الثلثة كالسوط والعصا
الصغيرة هذا اذا لم يوال في الضربات فان والى بحيث يقتل مثله فهو عمد عندهما لان معنى العمد فيه متقاصر
لكونه مستعملا باله صغيرة واما الحجر العظيم ونحوه فالمعنى فيه متكامل ومفض الى القتل كالسيف فيجب به القصاص
وله ان المثقل ليس باله للقتل واستعماله غير انه يدل على انه غير قاصد للقتل فكان ذلك خطاء في شبه العمد
ويجب اي بشبه العمد الاثم لانه ارتكب ما هو محرم والتكفير بعتق رقبة مؤمنة لمشابهته بالخطاء فان
لم يجد ولم يعد في التكفير عتق رقبة فيصوم شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء
فتحرير رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين والاطعام فيهما غير مشروع لانه غير منصوص عليه
واثبات البدل بالراي لا يجوز ولا قصاص في شبه العمد لتمكن الشبهة في عمده وتجب الدية المغلظة على العاقلة
لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ويجي تفسيره في كتاب الديات ويكون شبه العمد عمدا فيما دون النفس
لان الاتلاف فيما دونها من الاعضاء لا يختص باله دون اله فصار المعتبر فيه مجرد تعمد الضرب اذا هي عرضا

اى جما يتعمد برميه فاصاب آدميا او رمى من يظنه شخصا حربيا فاذا هو ذلك الشخص مسلم فهذا خطاء
وهو ضربان خطاء فى القصد وخطاء فى الفعل فالخطاء فى الفعل ان يتعمد فعلا فصدر منه فعل آخر كما
فى الصورة الاولى والخطاء فى القصد ان لا يكون الخطاء فى الفعل وانما يكون فى قصده كما فى الصورة
الثانية لكن الخطاء فى الاولى اقوى لانه اذا وقع فى الفعل كان واقعا فى القصد ايضا فلا اثم فى الخطاء
اثم العمد بل فيه اثم ترك الاحتياط فان شرع التكفير دليل الاثم وتجب الكفارة فى الخطاء لان فيه اثم ترك
التثبيت فى الامور والدية على العاقلة وسيجىء تفسيرها واذا انقلب النائم على غيره فقتله اى النائم ذلك
الغير اجرى مجراه اى يجرى مجرى الخطاء فى جميع احكامه من وجوب الكفارة والدية على العاقلة الا ان فعل
النائم ليس بعمد اذ لا قصد له ولا خطاء لان ترك التثبيت انما يتصور فى القصد والنائم لا قصد له
الا انه فى حكم الخطاء لحصول الموت بفعله كالخاطى واذا حفر بئرا او وضع حجرا فى ملكه فعطب به انسان
اى هلك وجبت الدية على عاقلته هذا هو القسم الخامس وهو القتل بالسبب لانه صار سببا للاتلاف
فجعله الشرع كالمتلف خطاء فى وجوب الدية لا غير فلا تجب فيه الكفارة كما فى الخطاء وعند الثلاثة تجب
فيه الكفارة ايضا كذا فى العيون واشار بقوله فى غير ملكه الى انه لو حفر فى ملكه لا يضمن ما تلف به حتى لو دخل رجل بامره
فعثر على جرة المالك فانكسرت لا يضمن لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه فان عثر صبى فقتل يضمن الدية ويضمن غير
الآدمى ان اتلف بسببه كالعروض وغيرها حتى لو قعد على ثوب غيره بلا علم فنام فتخرق الثوب ضمن القاعد
النصف على جلوسه اولا لان التخرق حصل بفعلهما وعلى هذا لو وضع رجله على ثوب فتخرق او تشبث بثوب
غيره فجذبه صاحب الثوب فتخرق هكذا فى النوازل ثم ما كان اى من مال الجانى لان العاقلة لا يعقل الا
ويحرم الميراث بالكل اى يحرم القاتل عن ميراث المقتول فى كل انواع القتل الا بالتسبيب وقال الشافعى
يحرم بالقتل بالتسبيب ايضا وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا فى العيون لان الشرع جعله كمباشر القتل فى
ايجاب الضمان على خلاف القياس صيانة للدم عن الهدر فبقى فى حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل
ونحن نجعل عمد الصبى والمجنون خطاء فتجب الدية على عاقلتهما لا فى مالهما ولا يقبل اقرارهما على الجناية
وتقبل البينة عليهما كذا فى النوازل ولا نحرمهما الميراث ولا نوجب عليهما الكفارة وقال الشافعى رحمه الله فى قول
فى العيون تجب الدية والكفارة فى مالهما وتحرمان عن الميراث لان العمد وجد منهما حقيقة فيترتب عليه احكامه
الا ان القصاص سقط منهما لانهما ليسا من اهل العقوبة ولنا ما روى ان عليا رضى الله عنه اوجب دية المجنون
حين قتل بالسيف على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء وحرمان الارث ووجوب الدية والكفارة فى ماله عقوبة
فلا يلزمهما لانهما ليسا من اهلها ونحن نقتص من حر لعبد اى اخذنا القصاص من حر لاجل قتله عبدا بقوله تعالى

قص الامير من فلان اذا اقتص له منه كذا فى الصحاح وكذا يأخذ القصاص من مسلم لذمى وقال الشافعى رحمه الله
لا يقتصان وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا فى العيون لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة
وهى منتفية بين الحر والعبد والمسلم والذمى لان العصمة تثبت للذمى بعارض عقد الذمة فلا يكون كالمسلم بخلاف
الذمى اذا قتل ذميا ثم اسلم فعليه القصاص بالاجماع لوجود المساواة بينهما وقت الجناية ولنا عموم قوله تعالى ان
النفس بالنفس فى سورة المائدة وهى ناسخة لآية البقرة فى قول جمع من السلف والمائدة محكمة لها وعلى انها خبر منسوخ
فلا دلالة فيها على التخصيص لان العبد يقتل بالحر والذكر بالانثى وسبب النزول ان اوس وبنو النضير
يتفاضلون بنى قريظة وخزرجا ويقتلون بالحر منهم بالعبد الآخر والذكر بالانثى والعدد بالواحد وارادوا
ذلك فى الاسلام فنهوا عنه ولما روى ان النبى عليه السلام اقاد مسلما بذمى وقال انا احق من وفى بذمته وقوله
الحر بالحر لا يدل على النفى فيما عداه اما على اصلنا فلانه دل بحاله لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى العبد بالعبد
يمكن ان يقال يقتص العبد بالحر لانه تفاوت الى النقصان ولا يقتلان اى المسلم والذمى بمستأمن بالاجماع
الا فى رواية عن ابى يوسف رحمه الله فانه قال يقتل المسلم والذمى بالمستأمن اعتبارا بذى العهد ولهما قوله عليه السلام
لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده اراد بالكافر هنا الحربى المستأمن بقرينة عطف قوله ولا ذو عهد عليه
معناه لا يقتل مسلم ولا ذمى دام فى ذمته بكافر مستأمن لعدم المساواة بينهما ويقتل الرجل بالمرأة والكبير
بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن والمجنون لعموم قوله تعالى ان النفس بالنفس الآية ولا يقتل المولى بعبده
ان كان مالكا للمقتص منه لان القصاص لا يتجزى وعبد ولده ومكاتبه ومدبره وام ولده لان غير المولى لو
قتلهم كان القصاص له فلا يوجب على نفسه قصاصا ولا يقتل والد بولده ولا الام والجد والجدة فان علا بولد ابنه وولد ولده
وان سفل سواء كان من الرجال او النساء ويدخل فى اطلاقه الولد الام والجد من قبل الاب والام كما يدخل الجدة فيه
كذلك لان الوالد سبب لوجود الولد فانه اصل واهلاك الاصل بسبب الفرع غير مشروع وهكذا اهلاك الاصل بالجزء
والاجداد والجدات كانوا اسباب وجوده فينزلوا منزلة الاب والام ويقتص الولد بالوالد بالاجماع وعن بعضهم
شاذ فلا يقتص الولد بالوالد كذا فى العيون وايضا ان فى بعض النسخ ينقص ومنه اى من الوالد لو ذبح اى لو ذبح
الوالد ولده وقال مالك رحمه الله يقتص لو ذبحه او شق جوفه او حز رأسه او اخرج عينه باصبعه كذا فى العيون لانه قتل
عمدا بلا تأويل فيجب القصاص بخلاف ما لو ضربه بالسيف لا يقتص بالاجماع لاحتمال ان يريد به التأديب فيتحول
النفس عن غير قصد فاورث شبهة ولنا قوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ونحن
نوجب الدية اى فى مال الوالد القاتل لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لا يعقل العمد فى ثلث سنين لا فى الحال
نفى لقول الشافعى رحمه الله فانه قال تجب الدية فى الحال لان التأجيل كان للتخفيف فى حق الخاطى وهذا عامد فلا

ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لا يكون بدلا لها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلا يعجل

ومن ورث قصاصا على ابيه كما قتل امه سقط القصاص لحرمة الابوة ويقتص من العبد اقرارا بالعمد لان هذا الاقرار

لا تهمة فيه على العبد لكونه مضرا بما عليه فيقبل لكونه يجري على الاصل الحرية باعتبار الادمية ولهذا لا يقبل

المولى عليه بحد وقصاص وان كان هذا الاقرار يصادف في حق المولى لان بطلان حقه فيه ضمني فلا يجب مراعاته

وقال زفر رحمه الله لا تقبل كذا في العيني فمن جرح عمدا فمات المجروح منها اي من تلك الجراحة بان لم يعرض له عارض

يضاف اليه الموت حتى لو ادعى على الخراق ضربا منه ومات بضربه فدفع المدعى عليه بانه خرج الى السوق بعد الضرب

لا يصح ولو برهن هذا على الصحة وهذا على الموت بالضرب فبينة الصحة اولى كذا في البزازية وفي القنية رجل

جرح انسانا ومات فاقام اولياء القتيل انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه برئ المقتول ومات

بعد عشرة ايام فبينة المقتول اولى اقتص منه لوجود السبب وانعدام ما يبطله ولو رمى عمدا انسانا فنفذ

السهم الى انسان اخر فماتا وجب القصاص في الاول لانه عمد والدية للثاني على عاقلته لانه خطأ فيه

كمن رمى غرضا فاصاب غيره وهذا الفعل وان كان واحدا الا انه تعدد حكما بتعدد اثره فيتعدد موجبه

ولا نستوفيه اي القصاص الا بالسيف والمراد منه السلاح سكنا فهمت به الاصحاب رضي الله عنهم من هذا اللفظ

حتى قال علي رضي الله عنه العمد السلاح وقال اصحاب ابن مسعود رضي الله عنه لا قود الا بالسلاح وان كنى بالسيف

لان المعد للقتال من بين الاسلحة السيف فانه لا يراد به شيء اخر سوى القتال وقد يراد بسائر الالات منفعة

اخرى سوى القتال وهو معنى قوله عليه السلام بعثت بالسيف بين يدي الساعة يعني السلاح لا بما قتل به يعني

لقوله لا انه رحمه الله فانه قال تستوفي ولي القتيل القصاص بما قتل القاتل اي بمثل فعل القاتل لو كان مشروعا

وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله كذا في العيني حتى لو كان قطع يده ثم مات منه قطع يد القاتل فيمهل بتلك المدة فان مات

يكون قصاصا والا قطع رقبته وان قتل بغير مشروع كاللواطة وكسقي الخمر يقتص بالسيف بالاجماع لقوله عليه السلام من غرق

اغرقناه ومن احرق احرقناه ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح وما يجري مجراه في القتل نقلا عن

ائمة الحديث وما رواه محمول على السياسة بدليل اضافته الى نفسه واذا قتل المكاتب عمدا بقرينة استيفاء القصاص

عن وفاء اي عن مال يكون وافيا لاداء بدل الكتابة ولم يكن له اي لم يبق له وارث سواه استوفاه اي القصاص مولاه

عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله ومنعه محمد رحمه الله وقال لا يستوفي لان سبب الاستيفاء مشتبه لانه في المكاتب الذي مات عن وفاء

هل يموت حرا او عبدا والولاء ان مات حرا فالملك ان مات عبدا فلا يكون القصاص لشيء كما قال العيني بعضهم الجارية بكذا فقال

لا بل حل لي وطؤها لاختلاف السبب الا انه من له الاستيفاء معلوم لان حق الاستيفاء للمولى على التقديرين ولا عبرة

السبب مع اتحاد الحكم خلافا لما استشهد به لان حكم ملك اليمين مخالف لحكم ملك النكاح ولو كان وارث اخر غير المولى

١٨٧

لا يجب القصاص بالاجماع لجهالة المستحق ولو قتل من غير وفاء سواء كان له وارث آخر او لم يكن القصاص الى المولى

لانه مات عبدا قال شيخ الاسلام رحمه الله بيانه لم يترك وفاء فلم يكن في قيمته وفاء لا قصاص فيه وتجب على القاتل قيمته

ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص لا انه يجوز العدول الى المال بغير رضاء القاتل لما فيه من القصاص

كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان المقطوع بين العدول الى المال بغير رضاء القاتل لما انه لم يكن وشرحه بما لم يكن لهذا

لان وجوب القيمة انقطع المكاتب لانه يحكم بحريته ولانه اذا ادى بدل الكتابة من قيمته كذا في الكفاية او ترك المكاتب

المقتول وفاء ووارثا فلا قصاص لهم وان اجتمعوا اي الورثة معه اي مع المولى لانه ان مات عبدا فالحق للمولى

وان مات حرا فالحق للورثة وعند الاشتباه تعذر الاستيفاء وعند ذلك ينتقض الاصل كذا في العيني

او اعتقه المولى مكاتبه المقطوع بين القطع والسراية فمات من القطع والحال ان المولى هو الوارث فحسب حكم محمد رحمه الله

بالارش اي ارش اليد والنقصان اي ما نقصه القطع على القاطع مثلا ان كانت قيمته عند القطع مائة وعند العتق

سبعين يضمن ثلثين ويسقط ما بقي منه بالاعتاق لاشتباه السبب لانه الملك نظرا الى الابتداء والولاء نظرا الى الانتهاء

وهما حكما بالقصاص على القاطع القاتل لان المستوفي والمولى واحد واشتباه السبب لا يمنع الحكم بخلاف ما اذا كان وارث

اخر غير المولى لان الولي قد اشتبه فيه لان الحق للمولى نظرا الى ابتداء القطع والوارث نظرا الى السراية فلم يمكن

الحكم او قتل عبد مرهون لم يستوف اي لم يقتل قاتله قصاصا حتى يجتمع الراهن والمرتهن ولا يجب على القاتل شيء

للمرتهن بالاجماع لانه لا حق له فيه لانه اذا تلف فيجب عليه قيمته رهنا مكانه كذا في العيني وانما وجب حضور المرتهن عند استيفاء

الراهن القصاص ليكون سقوط حقه برضاه فلا يرجع على الراهن ولا يشكل بهلاك الرهن لحصول الاستيفاء

بالهلاك فلا وجه لتوقفه على رضا المرتهن لان الاستيفاء غير متقرر لاحتمال العود الى الصلح وبدعوى الشبهة في

القتل فيصير خطأ كذا في الغاية قال في الينابيع والمذكور انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وروى ابن سماعة

عن محمد وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص وان اجتمعا عليه قد روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله مثله وذكر في موضع اخر

عن ابي يوسف رحمه الله انه قال اذا اختلفا لا يجب عليه القصاص لان الراهن يقتضي دينه قبل ان يبطل القاضي القصاص

في نقص منه واذا اجتمعا على القصاص اقتص منه وروى ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله انه يأخذ من القاتل

قيمته ويكون رهنا وروى بشر بن الوليد عن ابي حنيفة رحمه الله ان اتفقا على القصاص وقيمته اقل من الدين ومثل

ذلك وان اختلفا فلهما القيمة ويكون رهنا مكانه ثم على قول ابي يوسف رحمه الله لو اجتمعا على القصاص سقط الدين عن الراهن

وفي الرواية الاخرى قال لا يجب القصاص وان اجتمعا على القصاص رجع المرتهن على الراهن بدينه وكبار الورثة ويحل

في الزوج والزوجة الاستيفاء استيفاء القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله في الحال وقالا ليس لهم حتى يبلغ الصغار وهو

قول ابن ابي ليلى رحمه الله في رواية وكذا لو كان لعبد الوليين مجنونا لا يقتص قبل افاقته عندهم كذا في العيني لانه حق مشترك

فلا يستوفيه بعضهم كما لا يستوفيه الحاضر اذا كان بعض الورثة غايبا لاحتمال عفوه اذا حضر ولان كل حق لا يتجزى
اذا ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهم كملا كما في ولاية الانكاح فالقصاص كذلك فيستوفيه الكبار واحتمال عفو الغايب
قايم لكونه له وبهذا الاحتمال المانع من تفرد الحاضر بالاستيفاء والعفو عن الصغار غير صحيح فلا يكون مانعا منه
اذا كان الكبير غير اب الصغير اذ لو كان كذلك كما اذا قتل عبد مشترك بينه وبين ولده الصغير فالاب يستوفي في
الحال اتفاقا كذا في الكافي ولو اقام احد ابني الحاضر على رجل بينة بالقتل والاخر غايب ثم قدم يحضر بالاخ
واجمعوا ان الحاضر لا يستوفي قبل حضور الاخر ويعيدها اي البينة والاعادة شرط لاحتمال العفو عنده لا عندهما
اعلم ان هذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه وهو ان القصاص يثبت للورثة ابتداء عنده لانه يثبت بعد الموت والميت
ليس اهلا لان يملك شيئا الا ما اليه حاجة كالمال وعندهما طريق ثبوته الخلافة فلا يصير احدهم خصما عن البقية فيحتاج
الى اعادة البينة وعندهما طريق ثبوته الوراثة فيصير احدهم خصما عن البقية فلا يحتاج الى اعادة البينة والفرق بينهما
ان الوراثة يستدعي سبق الملك للمورث والانتقال منه الى الوارث والخلافة لا يستدعي ذلك والمراد من الخلافة
هنا ان يقوم شخص مقام غيره في اقامة فعله فان فعل القتل اذا اعتدى القاتل على المقتول فالحق ان يعتدي بمثل
ما اعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالوارث قاموا مقامه وقالا لاحضوره اي حضور الغايب شرط في الاستيفاء
وهو قول الثلثة كذا في العيون لانها اي البينة قامت على الخصم عند القاضي لكن موجبها وهو الاستيفاء كان موقوفا
على حضوره لاحتمال عفوه فاذا حضر ارتفع الاحتمال كما لو كان القتل خطاء والمسئلة بحالها يقضى بالدية
على عاقلة القاتل واذا حضر لا يعاد البينة بالاجماع وله ان القصاص حق القتيل من وجه ولهذا صح عفوه
بعد الجرح قبل الموت وتنفذ منه وصاياه اذا انقلب مالا وحق الورثة من وجه لان تشفي الصدر والانتقام يحصل لهم
وصح عفوهم قبل موت المجروح ولو لم يكن حقهم لما صح عفوهم فيشترط اعادة البينة احتياطا لان بعضهم لا
لا ينوب عن بعض بدون الانابة في حقهم وان قام في حق القتيل بخلاف الخطاء لان موجبه المال وهو حق القتيل
من كل وجه لكونه عوضا لنفسه وليس مبنيا على التغليظ حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على
الشهادة ولا كذلك العمد ويقتل جمع بواحد بالاجماع الا في رواية شاذة عن احمد رحمه الله كذا في العيون لما روي ان
سبعة من صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم وعليه اجماع الصحابة
فيتكامل في حق كل منهم لو حلف ان لا يقتله كان حانثا في يمينه ولا يحنث الا بوجود كمال الشرط وفي الخطاء على
كل واحد منهم الكفارة كاملة ولا يجب الكفارة الا بقتل كامل ويقتل واحد بجمع ونحن نكتفي به فلو حضر ولي واحد منهم
فقتل سقط حق البقية فلم يجب الدية للباقين بموت القاتل وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول ويجب الدية للباقين
وهو قول احمد رحمه الله ومالك وعند احمد رحمه الله لو اقتص بطلب الكل لا كذا في العيون وان اجتمعوا ولم يعرفوا اول المقتول

قتل بهم جميعا وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع منهم فيقتل لاجل من خرجت قرعته ويكون الديات للباقين وبه
ان القتل لواحد لا يوازيها الا الانفس فلا يكون الواحد قصاصا كما لا يقتص في اليد الواحدة بالايدي اكتفاء ومبناه
هو القياس ولنا ان القاتل اذا قتل يكون من اولياء القتيل مستوفيا لحقه على الكمال لان ازهاق الروح غير متجزٍ
والمماثلة في قصاص الانفس ساقط لان الكبير يقتل بالصغير والبصير بالضرير واما المماثلة بالاطراف
فمعتبرة لانها في حكم الاموال ونحن لا نقتص من شريك الاب اي لا ناخذ القصاص من الرجل الذي شاركه الاب
في قتل ابنه عمدا او شريك الصبي والمجنون اي لا يقتص الرجل الاجنبي الذي شاركه الصبي والمجنون في قتل
رجل عمدا وكذا لو قتل المولى عبده مع الاجنبي وقال الشافعي رحمه الله يقتص الاجنبي في هذه الصور لان المانع
الموجود في احد القاتلين لا يمنع قصاص الاخر فكان جعل كل منهما بعض العلة كما قتل جمع بواحد فيجب القصاص
ولنا ان فعل كل واحد منهما ليس بقتل على الكمال لانه قتل واحد حصل بفعلهما فاذا سقط القصاص في حق احدهما سقط
عن الاخر لثبوت الشبهة وعدم التجزي كالخاطي اي كما لو كان احدهما عامدا والاخر خاطئا لم يجب القصاص على العامد
اتفاقا بخلاف الاجنبيين لان اشتراكهما كثير الوجود فوجب قتل الاخر للزجر وما نحن فيه نادر فلا يقاس عليه
ولو قطعا يده بان اخذ رجلان سكينا وامراه من جانب واحد على يد رجل حتى قطعت وان وضع احد السكين من جانب
والاخر من جانب اخر وامراه حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عندنا لكن نمنعه اي نمنع مقطوع اليد عن القصاص
ويجب عليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله يقطع يداهما وهو قول مالك واحمد رحمهما الله اعتبارا بالانفس لان الاطراف
تابعة للنفوس فيأخذ حكمها كما اذا وضع السكين على حلق انسان والاخر على قفاه وامراه حتى التقى السكينان يجب
القصاص عليهما بالاجماع ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد فلا يقطع جميع يده ببعضها لان الاطراف
تتجزى بخلاف النفس لان القتل ازهاق الروح وهو لا يحتمل التجزي فاضيف لكل منهما كملا والمحل المقطوع قابل للتجزي
ولو قطع يميني اثنين معا او على التعاقب قطعا يمينه اي يمين القاطع واقتسما نصف الدية بينهما نصفين في
الحكم او وجب الدية للثاني والقطع للاول ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاول ويغرم الارش للثاني وهو قول مالك
واحمد رحمهما الله لان يده صارت مستحقة للاول فلم يستحقها الثاني كمن رهن شيئا وسلم ثم رهنه من اخر وان قطعهما معا يقرع
بينهما ويقطع لمن خرجت قرعته ويكون الارش للاخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين ولو حضر احدهما وقطع
فللاخر نصف الدية وعند مالك رحمه الله لا دية للاخر وعند احمد رحمه الله لو قطع بطلبهما لا دية وعند الشافعي رحمه الله للاخر دية
ولو قطع بطلبهما كذا في العيون ولنا ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل منهما وكونه مشغولا
بحق الاول لا يقرر السبب في حق الثاني نصا كما لو قطع العبد يمنى رجلين على التعاقب فانهما يستحقان رقبته
الرهن لان فيه اثبات يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت الاول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي ولو قطع يمين

رجل ويسار رجل آخر يقطع يداه بهما وكذلك ان قطعهما من واحد فان اقتص احدهما حين غيبة صاحبه في
خص الآخر اخذ المالك لدية يد لان حق الحاضر كان معلوما فيستوفيه ولا ينتظر على الغايب كان موهوما فلم يؤخر
استيفاء المعلوم لكان الموهوم لفوات المحل كاحد الشفيعين اذا حضر والآخر غايب يقضي له بكل المبيع بخلاف
القصاص في النفس اذا حضر احدهما فقتله لم يجب للآخر شيء لفوات المحل ولو قضى لهما بقطع يمينه قصاصا وارشه
بينهما فعفى احدهما قبل الاستيفاء اوجب محمد رحمه الله للعافي نصف الدية اي نصف ارش اليد وللآخر كلها اي
كل الدية لان القصاص والارش كان مشتركا بينهما فالقصاص فلما اسقط احدهما حقه في نصف القصاص
بالعفو انقلب نصيب الآخر لا فيستوفي العافي نصف الارش الذي كان مشتركا بينهما وغير العافي يأخذ
تمام الارش نصفه من المشترك ونصفه من المنقلب مالا وقالا لا اي للآخر القصاص لانه لو كان عفى عن قبل
القضاء كان للآخر القصاص فكذا لو عفى بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء في العقوبات كالقضاء
فيبقى الحكم على ما كان من قبل ونحن لا نجري القصاص في الاطراف بين العبيد ولا بين الرجل والمراة فاذا
قطع الرجل يد العبد او العبد يد عبد آخر عمدا او الرجل الحر يد امراة حرة لا يجري القصاص فيها عندنا بل
في العبد القيمة وفي الحرة الدية وقال الشافعي رحمه الله يجري فيها القصاص وهو قول مالك ولهم رحمهما الله لانه يجري
من العبدين وبين الرجل والمراة في النفس فكذا في الاطراف فكل شخصين يجري قصاص بينهما في نفس يجري
في الاطراف الا في فصل واحد وهو ان الصحيح يقتل بالاشل فلا يقطع به وقلنا ان الاطراف في حكم الاموال
لانها وقاية للنفس كالاموال ولهذا يجوز التصدق بالنكول عن اليمين في الاطراف في قول ابي حنيفة رحمه الله كذا في
شرح الجامع الصغير لقاضي خان وكانت المماثلة فيها شرطا ولا مماثلة في اطراف العبيد لاختلاف القيمة ولا في الرجل
والمراة لاختلاف الدية ونص محمد رحمه الله على جريان القصاص بين الرجل والمراة في الشجاج التي يجري فيها القصاص
لعدم اشتمالها على تفويت وانما هي فيها الحاق الشين وهما يستويان فيه واما في الطرف تفويت لمنفعة وقد اختلفا
فيهما والاصل فيه ان التساوي في الارش شرط جريان القصاص فيما دون النفس عندنا وعنده اي الشافعي
ليس بشرط فانها تابعة للانفس فينبغي ان يقتص طرف العبد بطرف الحر لان التفاوت بينهما الى النقصان كما يجري
بين انفسهما ايضا ولا يقتص طرف العبد بطرف الحر كما لا يجري بين انفسهما ونحن نجريه اي القصاص بين المسلم والذمي
في الاطراف فاذا قطع مسلم طرف ذمي يقتص منه وقال الشافعي رحمه الله وهو قول مالك واحمد رحمهما الله لا يقتص لان العصمة
متفاوتة لوجود الكفر لاحدهما ولنا قول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا ومن قطع يد غيره
من المفصل قطعت يده اي يد القاطع منه لقوله تعالى والجروح قصاص وقد امكن حفظ المماثلة في القطع من المفصل
ومن قطع نصف ساعد او جرح جايفة وهي جراحة مختصة بجوف الراس وجوف البطن كذا في الهداية وفي الذخيرة

في الوجه لا يكون جايفة وان نفذت الى الغم فبرئ منها اي من الجراحة الجايفة فلا قصاص لانه لا يمكن رعاية المماثلة
في كسر العظم وان الجايفة وان برئت لا يجري فيها القصاص لان البرء فيها نادر فالظاهر ان الثاني يفضي الى الهلاك لما اذا لم
يبرأ فان كانت سارية يجب القصاص ان مات منه وان لم يبرأ بعد لا يقتص الى ان يظهر الحال لاحتمال البرء والسراية
ولو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع قطعها ان شاء ولا شيء غير ذلك لانه رضي به بالرديء عوضا عن
الجيد والا اي وان لم يقطعها اخذ الارش كاملا لانه تعذر ان يستوفي حقه تاما فعدل الى العوض كما اذا قطع
المثلي عن ايدي الناس بعد الاتلاف ويقتص في المارن وهو ما دون قصبة الانف والاذن والسن لقوله تعالى
والسن بالسن وذكر في المجرد لو نزع سن رجل ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من النازع ويؤجل سنة منذ يوم
نزع سنه فاذا مضت السنة ولم ينبت اقتص منه وقال ابو يوسف رحمه الله في نوادر لا يؤجل ويقضي عليه بالدية
وقال انما يؤجل في سن صبي حولا وسئل محمد رحمه الله في سن الرجل ينتظر حولا لعله ينبت فقال لا فقيل له اقاله
احد من اصحابكم فقال لا وانما ذلك اذا تحركت السن ينتظر بها حولا ويقتص السن بالسن بحاذيها الضرس بالضرس
والناب بالناب لا يقتص الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى وفي الكسر يكسر من سن الكاسر بقدر ذلك
بالمبرد وتقلع اذا قلعت لامكان المماثلة فيها ولا اعتبار بتفاوت مقدارها ويقتص الشجة التي يمكن المماثلة
فيها كما في السن وان كان راس الشاج اكبر واستوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج مثلا فان شاء المشجوج قدر
بقدر شجته والا اخذ الارش لانه لو شج ما بين قرني الشاج يزداد شينه بطول الشجة فيتخير بطول الشج بقدر
شجته او الارش وكذا لو كان راس الشاج اصغر فان المستوفي المشجوج مقدار شجته مساحة يزيد على ما بين قرني الشاج
فيكون تعديا الى غير حقه فيتخير بين ان يرضى بدون حقه وبين اخذ الارش كاملا ولا قصاص في
قطع اللسان والذكر لانهما ينقبض وينبسط فيمتنع رعاية المماثلة الا ان يقطع الحشفة فيجري فيها القصاص
لان موضع القصاص يكون معلوما كالمفصل في قطع اليد ولو ضرب عينه فقلعها فلا قصاص لامتناع رعاية
المماثلة فان ذهب ضوءها والحال ان العين قايمة يجعل على عينه الاخرى قطن رطب يعني تربط على عينه الاخرى
وعلى وجهه قطن رطب لا على عين المقتصة ويقابل بمراة محماة اي حارة حتى يذهب ضوءها فيراعى المماثلة هكذا
روي عن علي رضي الله عنه بالقصاص وبين طريق الاستيفاء بهذه الطريقة فاتفقوا على قوله لانه لا ينافي اعتبار
المماثلة في العين فهو بمنزلة كسر العظم فاما اذا انخسف او قطع الحدقة فلا قصاص فيها فان هذه الحادثة وقعت
في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فلم يجد عندهم شيئا حتى قضى علي رضي الله عنه بالقصاص

فصل

ولو قتل عبد اثنين بالاضافة قريبهما اي قريب للوليين عمدا او قتل مولاهما عمدا وله ابنان اي لمولاه ابنان فعفى
احدهما اي احد الوليين او احد الابنين لا يجب شيء بل يبطل الدم كله وتجيز ابو يوسف رحمه الله العافي في دفع نصف

نصيبه اى بربع الدية الى شريكه او فداه بربع الدية لان لهما القود على الشركة فصار لكل واحد منهما نصف
القود نصفه فى ملكه ونصفه فى ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر مالا وهو نصف الدية ولكن ذلك فى
العبد فيسقط من ذلك النصف نصفه وهو ما اصاب نصيب من لم يعف لان المولى لا يستوجب على عبده دينا
وبقى ما اصاب نصيب العافى وهو ربع دية المقتول فيتخير العافى ان شاء دفعه نصيبه وان شاء فداه بربع الدية
ولهما ان القود وجب لهما فى كل العبد من غير تعيين بل على احتمال ان يجب حق كل واحد نصيب نفسه وفى نصيب
التنصيف
صاحبه او على الشيوع فاذا آل الى المال يحتمل ان يجب الكل بان يعتبر كل حقه متعلقا بنصيب الاخر ويحتمل
ان يعتبر شايعا وبطلان الكل بان يتعلق بنصيب نفسه لان المولى لا يستوجب المال على عبده فلا يجب المال
بالشك وقد نقل ان محمدا مع ابى يوسف رحمهما الله وهو الاشهر لكن المذكور فى المتن مختار صاحب المنظومة
والمحققون قالوا اقول لابى يوسف رحمه الله انما يصح فى المسئلة الاولى وما نقل عن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله
فى المسئلة الثانية باطل لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما نقل عن محمد مع ابى حنيفة رحمهما الله هو
الاصح فى الثانية لان القصاص يجب للقتيل اولا ثم ينتقل الى الوارث فكذا الدية الا يرى انه تقضى ديونه
منها وتنفذ وصاياه ولما كان حق قريب المولى فى المسئلة الاولى لم يبطل لانه جاز ان يثبت للمقتول دين
على عبده ولم ثم اذا انتقل الى الوارث سقط ما اصاب نصيب من لم يعف وبقى ما اصاب نصيب الباقى واذا عفا احد مستحقى دم
عمد نصيبه من القصاص ولم يعلم الولى الاخر عفوه او علم به ولم يعلم بان القصاص سقط بالعفو فقتله
على وجه القصاص نحن اوجبنا ديته فى ماله اى فى مال الاخر لا القصاص نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يجب ان يقتص
من الاخر لانه قتل نفسا معصومة ولنا ان فى زعمه حق فى قتله فسقط القصاص لهذه الشبهة فيوجب
النصف
الدية الكاملة فى ماله لان العاقلة لا يعقل العمد الا ان مال القاتل نصف الدية فيلتقيان قصاصا فى
فيبقى النصف عليه وان علم ان عفو البعض يوجب لاسقاط لزمه القود هكذا ذكره فى ديات الاصل وذكر
فى نوادر ابن سماعة عن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا قود على عاقلة وان كان فقيها عالما بالحكم الا ان يكون
قاضيا امضى القضاء حكم ببطلان القصاص ثم قتله فحينئذ يقتل وذكر فى المجرد وهو رواية الحسن انه اذا علم
بالعفو يجب عليه القصاص وكذا لو دفع الى رجل دراهم وامره ان يقضى عنه الدين لفلان ثم ارتد الطالب
فقضى الوكيل الدين مع علمه بردة الطالب ان علم بطريق الفقه والعلم بان دفعه لا يكون فهو ضامن وان لم
يعلم بذلك فلا ضمان عليه وكذا لو اكره بوعيد على اكل الميتة لحم الخنزير او شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل فان كان
عالما بسعة الكل والشرب كان آثما وان كان لا يعلم لا يكون آثما ولو جرح عبد فعتقه مولاه اى اعطى ارش جنايته
ثم مات المجروح بالسراية يحكم ابو يوسف رحمه الله على المولى بالدية وخيرناه ثانيا وقال الا ان شاء دفع العبد وان شاء فدى

ما اعطاه اولا من الارش وان شاء فداه وانما قال ثانيا لان الخيار بين الدفع والفداء بالارش كان
ثابتا قبل موت المجروح لان السراية تولدت من جراحة واختيار الاصل يكون اختيارا لما تولد منه ويتراد
عليه حتى يبلغ الى تمام الدية ولهما ان الواجب الاصلى هو الدفع ولهذا يسقط بموت العبد لفوات محل الوجوب والاختيار انما
استيفاء العبد باقل المالين لا يدل على اختياره باكثر المالين والدفع يحكى فيتخير ولو اعتقه فى مرضه فقتله العبد مولاه
خطاء وسعى فى قيمته فعليه السعاية الاخرى ثابتة للوارث فى قيمتين عند ابى حنيفة رحمه الله اما السعاية فى قيمته ولعدم
نفاذ العتق الذى هو وصية فيما لا انفاذ اذ لا وصية للقاتل بالحديث لكنه بعد وقوعه لا يقبل النقض فيجب
ان يرد قيمته وعليه سعاية اخرى للوارث لكونه الجناية اذا كانت قيمته اقل من الدية وان كانت الدية اقل فقيمتها
الدية كما فى المدبر وام الولد وقالا الدية على عاقلته ومبنى الخلاف ان المستسعى كالمكاتب عنده والمكاتب اذا قتل
انسانا خطاء يلزمه الاقل من قيمته ومن دية المقتول وعندهما كالحر المديون فالدية على عاقلته وذكر الخلاف
اذا قتل المدبر مولاه خطاء ولو تركه مدبرا اى لو مات رجل وترك عبدا مدبرا ولا مال له سواه فقتله خطاء قبل
تمام السعاية الاولى حتى لو قتل بعد التمام فالدية على عاقلته والحال انه هو يسعى للوارث اى يسعى للوارث المولى
ثلثى قيمته لان ثلثه عتق لكونه مدبرا فعليه قيمته لوليه اى فعليه يسعى فى قيمته وجبت الجناية لولى القتيل
لوى اذا كان قيمته اقل من الدية لان المدبر مملوك للمولى رقبته ويدا ومنفعة فكان بمنزلة القن وموجب جناية
القن صيرورة رقبته جزاء للجناية الا ان بتدبير المولى الا ان المولى منع رقبة المدبر عن ولى الجناية التدبير
فيجب عليه قيمته يوم الجناية لانه تصير مانعا يوم الجناية بالتدبير السابق عند ابى حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب
وقالا الدية على عاقلته لانه حر مديون ولو اعتقه بين الرمى والوصول الى عبد غيره واصاب اليه فمات فعلى
الرامى قيمته اى قيمة العبد لمولاه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجب تمام قيمته بل يجب فضل ما بين قيمته مرميا
وغير مرمى حتى لو كان قيمته قبل الرمى خمسين وصارت بعده عشرين فعليه فى ثلثين هى ما اتلفه بواسطة
رميه دون عشرين لان المولى ابطل حقه فيها بواسطة اعتاقه ولو ارتد ما بينهما اى لو رمى مسلما فارتد فيما بين الرمى
والوصول فعليه ديته اى على الرامى دية المقتول عند ابى حنيفة رحمه الله ولا شى عندهما وقالا لا شى عليه هذا ذكر فى
المنظومة وقال فى الهداية قول ابى يوسف مع ابى حنيفة رحمهما الله قيل مبنى الخلاف ان المعتبر عنده وقت الرمى
لان الضمان يجب بفعله والفعل لا يعدم وعندهما وقت الاصابة لان الجناية وجدت فيه وهو مباح الدم فيه
قيل المعتبر عند الكل وقت الرمى لان الشخص انما يصير جانيا بفعله يدخل تحت اختياره وهو الرمى دون الاصابة
فالرمى فى المسئلة الاولى كان عبدا وقت الرمى فيجب قيمته ولهذا لو كان مسلما محصنا ثم ارتد قبل الوصول ثم
خرج فمات حل اكله ولو كان مجوسيا فاسلم بعد الرمى قبل الوصول حرم اكله وفى المسئلة الثانية كان معصوما

فانعقدت رميه موجبا للضمان لكن لم يجب القصاص لانه وقت الموت لم يكن معصوما فصار ذلك شبهة فوجب الدية
الا انهما شرطا لوجوب الضمان بقاء التقويم والعصمة الى زمان الوصول ولو اسلم المرتد ما بينهما اى فيما بين الرمى
والوصول فلا شىء عليه بالاجماع لان المحل حين الرمى لم يكن متقوما فلم ينعقد الرمى موجبا للضمان وكذا
لو رمى حربيا فاسلم لان المحل حين الرمى غير متقوم ولو ارتد بعد ان قطعت يده عمدا ثم اسلم ثم مات منه اى
من ذلك القطع اوجب محمد رحمه الله ارشا لان المقطوع لما ارتد انقطع حكم السراية عما يحدث لفوات العصمة
وبعد ما اسلم لم يوجد من الجانى فعل ولما سقط ضمان السراية بقى ضمان القطع وهما اوجبا دية لان الجناية
وجدت فى محل معصوم وتمت فى محل معصوم فلا يعتبر ما بينهما كما فى نصاب الزكوة الا ان تخلل الردة اورث
شبهة دارئة للقصاص فوجب الدية ولو شهدوا بقتل عمد اى ادعى على آخر انه قتل وليه عمدا واقام عليه بينة
فقضى القاضى بالقصاص فقتله ثم رجعوا مع الولى الشهود مع المدعى وقالوا تعمدنا الكذب وجاء المشهود
بقتله حيا لم يقتص منهم اى من الشهود والمدعى اى لم تعمد بقتلهم قصاصا لانه سقط بشبهة دليل القصاص
وان تحقق عمدا لوله وتلزم الولى اى ولى القتيل بالدية من شاء فان شاء طالب بها من الشاهدين وان
شاء طالب بها من الولى المدعى وقال الشافعى رحمه الله وهو القياس يقتص منهم جميعا لان الولى المدعى باشر قتله بغير
حق حقيقة والشهود باشروه حكما حيث اوجبوا اهداره فهو الضامن لا يرجع على غيره عند ابى حنيفة رحمه الله
فان ضمن الولى لا يرجع على الشهود وان ضمن الشهود لا يرجعون على الولى وقالا يرجع الشهود على الولى
لان الشهود ضمنوا بفعل الولى فيرجعون عليه كما فى قتل الخطاء وله ان كل واحد من الولى والشهود
مواخذ بفعله اما الشهود فبشهادتهم الكاذبة واما الولى فبقتله بغير حق فلا يرجع كل منهم بخلاف القتيل
خطاء لان الشهود ما ضمنوا الا المال الذى اخذ الولى بحكمهم فلهم ان يطالبوه بذلك القصاص فى النفس
اذا قطع اليد ثم عفا عن القصاص فيها فعليها ارشها اى ارش اليد عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا شىء عليه لانه
قطع يدا من نفس القاتل والقاتل لم يضمن لاستيفاء حقه فقد استوفى بعض حقه وعفى عن الباقى فوجب ان لا يضمن
عليه كما لو استوفى بعض حقه ثم ابرا عن الباقى كما لو قطع يد من تدم ثم اسلم ثم سرى وله ان العفو يستند الى وقت القتل
فسقط حقه فى كل النفس فظهر انه قطع يده بغير حقه لان حقه كان فى القتل لا فى القطع فلو وجد الاستيفاء فى القتل
يظهر حقه فى الطرف تبعا للنفس فيجب ارش اليد ولو كان له قصاص اليد فقطع اصابعه ثم عفى لا يضمن ارش الاصابع
بالاجماع لان الاصابع من الكف ولو لم يعف عن قصاص النفس لم يضمن بالاجماع ولو عفى قبل القطع يضمن بالاجماع
ولو سرى القطع لا يضمن بالاجماع او له قصاص فى الطرف فاستوفاه فسرى الى النفس المقطوع فمات فهى اى الدية
على عاقلته استحسانا والقياس وجوب القصاص عند ابى حنيفة رحمه الله ونفيناه اى الدية وقالا لا شىء عليه لانه قطعه باذن الشرع

فلا يكون احداث بعده مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فسرى وكان كالفصاد اذا فصد فسرى ولنا ان حقه
كان فى القطع وما اقتل ونفى خطاء وفيه الدية على العاقلة فلا يكون القصاص حقا له لانه مبنى على المماثلة
بخلاف ما استشهد به لان الفعل واجب عليهما اما تقليدا كالامام او عقدا كالفصاد والواجبات لا تتقيد
بوصف السلامة ومن قطع يده غيره خطاء ثم قتله عمدا قبل البرء وكذا الحكم بعد البرء بالطريق الاولى فهذه ستة
مسائل احديها ما ذكرت وثانيها قوله او خطاء عطف على عمدا اى قطع يده خطاء ثم قتله خطاء بعده اى بعد البرء
وثالثها قوله او قطعها اى يده عمدا ثم قتله خطاء سواء كان قبل البرء وبعده ورابعها او قطع عمدا ثم قتله عمدا
بعد البرء اخذ القاطع بهما اى بموجب القتل والقطع بالاجماع ففى المسئلة الاولى يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القصاص
وفى الثانية القطع فى النفس الدية وفى الثالثة القصاص فى القطع والدية فى القطع القتل وفى الرابعة القصاص
فيهما لانهما متغايران حكما وفى الاولى والثالثة تعذر جمعهما لتغاير الفعلين وتغاير حكمهما وكذا فى الرابعة
والثانية لتخلل البرء بينهما وخامستها قوله ولو كانا اى القتل والقطع خطائين من غير برء اكتفى بدية
بالاجماع فاعتبروا الكل جناية واحدة فدخل دية اليد دية النفس لانهما متجانسان والجمع بينهما ممكن ولا
قاطع للسراية وسادسها قوله او عمدين اى القطع والقتل كلاهما عمدا ولم يتخلل بينهما برء فللولى استيفائهما
عند ابى حنيفة رحمه الله بان يقطع ثم يقتل كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان قال ابو حنيفة رحمه الله يفوض الامر الى
ان شاء جعلهما فعلا واحدا فيأمر فى القتل دون القطع وان شاء اعتبره فعلين فيجمع بين القطع والقتل
وقالا يقتل ولا يقطع لان الفعلين متجانسان لكونهما عمدين ولم يتخلل البرء فيجعل اكثر منهما للاول فامكن
جمعهما فيدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس كما دخل دية النفس فى الخطائين ولان القطع لم يدخل فى القتل
لاختلافهما كما اذا وجبا لحق الله فوجب القطع بالسرقة والرجم فلا يدخل بالزنا فلا يدخل كما اذا وجبا لحق العبد كما لو
تخلل منهما البرء بخلاف ما اذا كانا خطائين لان الواجب فيه بدل النفس بدل الجزء داخل فيه لانه لو وجب مع لاجتمع
ضمان الجزء والكل حالة واحدة وهما لا يجتمعان واما اذا كانا عمدين فالواجب جزاء الجناية وانهما جنايتان فلا
يدخل احديهما فى جزاء الاخرى وضمان الصبى اذا مات من ضرب ابيه اى ضرب ابيه ضربا معتادا او وصيه تاديبا عليهما
اى ضمانه عليهما عند ابى حنيفة رحمه الله وقد بقى منها مسئلتان ان قطع عمدا ثم قتل خطاء او قطع خطاء ثم قتل عمدا
بعد البرء فالحكم فيهما اخذ القاطع بالقطع والدية فى الاولى دية اليد والقصاص فى الثانية لان الفعل الاول
قد انتهى فلا يجعل اكثر منهما للاول فالحاصل اما ان يكونا عمدين او خطائين او قطع خطاء وقتل عمدا او بالعكس
وكل منها اما قبل البرء او بعده فالجملة ثمان مسائل وقالا لا ضمان عليهما لان تاديب الصغير لا بد لهما ولا يحصل غالبا
الا بالضرب فصار كالمعلم اذا ضربه بالمعتاد للتعليم باذن ابيه او وصيه لا يضمن بالاجماع ولو ضرب الاب والمعلم بغير

المتا ويضمن بالاجماع كذا في الذخيرة وينبغي ان ضرب الاب والوصي للتعليم فمات لا يضمن بالاجماع اذ المعلم اذا لم يضمن بالاجماع ذينهما فبالحري لا يضمنان ولان التاديب يحصل بغير الضرب كالزجر والحبس وغيرهما فيندفع به الفروزة الماس الى تاديبه ولو كانا مضطرين الى الضرب فالسلامة مشروط فيه كما في تاديب الزوج زوجته حتى لو ضرب زوجته للتاديب فماتت يضمن ديتها بالاجماع ومن اراد الزنا فقتل المسلم او يقطع عضو او يزني امراة او محرمه فلا دفعه بغير السيف ولو لم يدفع بقتلها بالاجماع ولو ادعى انه يزني بامراة وكذبه ولي المقتول فيل يكفيه شاهدان انه مع امراة كذا في العيون

كتاب الديات

الدية مصدر كعدة يقال ودى القاتل الدية اي اداها وهو بدل النفس الفائتة الاان فيه قصورا لعدم المماثلة بين النفس والمال والكتاب اسم للمال الواجب على ما دون النفس فانما وجب المال لحكمة اقتضت ذلك وهو صون بنيان الادمي عن الهدم ودمه عن الهدر والاصل في وجوب الدية قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل اي يجب عليه بسبب قتلها مائة من الابل تغلظ دية شبه العمد في الابل لا خلاف في تغليظ دية هذا النوع في الابل حتى لو قضى الدية من غير الابل لم يغلظ لان الشرع ورد به ومعنى التغليظ ان يوجب شيئا فيه لا يوجبه في الخطاء فلو يجب الدية من الابل ارباعا اي يكون اربعة انواع خمس وعشرين بنت مخاض وهي التي تمت عليها حول ومثلها بنت لبون وحقاق وجذع اي في كل نوع منها خمس وعشرين فالجملة مائة ابل والجذع المطعنة في الخامسة وقد تقدم تفسيرها في الزكوة وجعلها محمد رحمه الله الدية المغلظة ثلثة انواع وهو قول الشافعي ولم يعهد الله في رواية كذا في المبسوط ثلثين جذعة ومثلها حقة واربعين ثنية كلها خلفة وهي التي طعنت في السادسة كلها حوامل لقوله عليه السلام الا ان قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما ذهبنا اليه وهو مذهب عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما روي ان النبي صلعم قضى في الدية من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطاء لانها تجب في الخطاء اخماسا ولانا في صفة التغليظ ابن مسعود رضي الله عنه وما قالا اقرب الى القياس لان الحمل لا يتوقف على حقيقة ولان ما رويناه مشهور وتلقته الامة بالقبول وهو موجب مائة من الابل ومتى وجب الحوامل زادت على المائة فان الحمل اصل من وجه وما روي فذلك غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ ويجب الدية في الخطاء منها اي من الابل اخماسا عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذع اي من كل من هذه الثلثة عشرون وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وعند الشافعي ومالك رحمهما الله عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض كذا في المبسوط وهذا يعرف توقيفا فصار كالمرفوع الى النبي عليه السلام ولانه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطي معذور او يجب الدية الف دينار من الذهب في الخطاء وشبه العمد بالاجماع لما روي انه عليه السلام قضى في العين بكذا وانعقد عليه الاجماع ونحن نوجب من الورق

اي من الفضة عشرة الاف درهم كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لا اثني عشر نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال الدية من الورق اثنا عشر الفا في القديم وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روى عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما رواه انه قضى بدراهم كان يوزن عشرة منها ستة مثاقيل ذكر محمد بن الحسن رحمه الله فيحمل على ذلك توفيقا ولان الاخبار اذا تعارضت فالاخذ بالمتيقن اولى وهي اي الدية منحصرة في هذه اي في الابل والذهب والفضة عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا من الاحاديث ثم الخيار في هذه الانواع الى القاتل لانه هو الذي يجب عليه كما في كفارة اليمين وزادا من البقر مائتين ومن الشاة الفين ومن الحلل مائتين كل حلة ثوبان ازار ورداء لما روي ان عمر رضي الله عنه جعل الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الحلل مائتي حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وقوله ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ولذلك قال الصلح على اكثر من مائتي بقرة او مائتي حلة او الفي شاة لا يجوز ولولا ان هذه الانواع اصول في الدية لما بطل الفضل كما جاز في غيرها وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل لان مالية هذه الانواع مجهولة فلا يقدر بها كما كان القياس ان لا يقدر بالابل الا ان الاثار قد اشتهرت فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحتمل ان عمر رضي الله عنه انما قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالدراهم او الدنانير وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا صالح العاقلة مع ولي القتيل على اكثر من مائتي حلة يجوز على قوله كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس فلا يجوز على قولهما كما لو صالح على اكثر من مائة ابل في الخطاء ويجب الدية في المراة نصفها اي نصف دية الرجل بالاجماع هذا اللفظ موقوف على علي رضي الله عنه ومرفوع الى النبي عليه السلام ومروي عن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فيجب في قتلها خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة عندنا وعند الشافعي ستة الاف درهم وفي قطع يده ثلثة الاف درهم وانا وايمتنا وان فحكم لم يجعلوا دية الذمي ستة الاف درهم وقال مالك رحمه الله دية الذمي ستة الاف درهم وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم واحمد رحمه الله في رواية كذا في المبسوط لما روي انه عليه السلام قال عقل الكافر نصف عقل المسلم وعقل دية المسلم اثنا عشر الفا وقال الشافعي رحمه الله فيجعل ديته نصف دية المسلم فعقل الكافر يكون ستة الاف فجعلها اي دية الذمي سواء كان نصرانيا او يهوديا او مجوسيا كالمسلم لا كالكتابي وهي اربعة الاف نفي لقول الشافعي رحمه الله في الجديد فانه جعل ديته اربعة الاف وهي ثلث دية المسلم عنده لما روي انه عليه السلام جعل دية اليهود والنصارى اربعة الاف درهم وجعل الشافعي رحمه الله المجوسي ثمانمائة في قوله القديم وهو قول مالك واحمد رحمهما الله وعلى قوله الجديد ثلث الخمس من الابل او قيمة الثلث عند فقدها وعن احمد رحمه الله لو قتل المجوسي عمدا ستمائة والف ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وقال الزهري قضى ابو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم في دية الذمي بمثل دية المسلم وقال عليه السلام انما قبلوها فاعلم لتكون دماؤهم كدمائنا وعليهم ما على المسلمين ولهم ما للمسلمين اذا قتل فقيمتهم الف دينار وكذلك الحكم

في المتاس لما روى ان ابن عباس رضي الله عنه ان شاعيين جاءا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما
وخرجا من عنده فلقيهما عمر ولبن امية فقتلهما ولم يعلم بانهما ما فقتلهما فوديهما عليه السلام بدية حرين مسلمين
ويجب الدية الكاملة في قطع المارن وهو ما لان من الانف وكذا في قطع الذنبة لانه كمال الجمال لا يجبر بعد قطعها
والجمال في الحيوان مقصود كالمنفعة ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لان المجموع عضو واحد
ويجب الدية الكاملة في قطع اللسان هكذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم والاصل في الاطراف انه ينظر فيه
ان فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا على الكمال يجب فيه كل الدية لاتلافه النفس من وجه فان
النفس لا يبقى منتفعا به من ذلك الوجه فيفوت منفعة التكلم بقطعه او يمنع اداء اكثر الحروف فان كان
بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر ان فيه حكومة عدل لان الافهام مع كلامه حاصل مع
ضرب من الخلل وقال بعض مشايخنا ان الدية يقسم على الحروف فبحصته ما يمكن ان يصحح من الحروف يسقط
عنه وبحصته ما لا يمكن من الحروف يجب عليه لكن هذا القول لا يعتبر في القسمة الا الحروف التي يكون باللسان
واما الباء والفاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة وقد روي انه عليه السلام قضى بالدية
كلها باللسان والانف وقطع بعض اللسان اذا عجز عن اداء اكثر الحروف ولو قطع لسان الصبي يصح منه
فقال القاطع قد كان تحرك وصياحه صياح الاخرس ولا يقبل قوله وعليه الدية في الخطأ والقصاص في العمد ان
لم يسمع منه صياح كان على القاطع حكومة عدل وانثيا الخصي والمجبوب صح كذا في الينابيع ويجب الدية الكاملة
في الذكر لان في قطعه تفويت منفعة الايلاد وكذا لو قطع حشفته لانها الاصل في منفعة الايلاج والدفق
وكذا في الانثيين وكذلك احديهما اذا ذهب والصلب يجب الدية الكاملة في ذهاب العقل والشم والذوق و
السمع والبصر لما روي ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل باربع ديات بضربة واحدة على راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره
وذوقه ويجب الدية في ذهاب منفعة العضو كما يجب في قطعه وان لم يفت صورته لان فوات منفعته كفواتها
ونحن نوجب فيه اي في قطع الذكر من خصي وعنين حكومة عدل لانه عضو ناقص المنفعة على التابيد كاليد
الشلاء وهو ان ينظر المجني عليه انه لو كان مملوكا ثم ينتقص من قيمته بهذه الجناية ان كانت ينتقص عشر
قيمته ففي الحكومة عشر ديته وهلم جرا وقيل ينظر الى ما يحتاج اليه في مثل هذا العضو من المنفعة واجرة الطبيب وفيه حكومة
عدل والفتوى على الاول كذا في الحقائق فان قطع الذكر مع الانثيين مرة واحدة ان قطعهما عرضا ففيه ديتان
وان قطعهما طولا ان قطع الذكر اولا ثم الانثيين ففيه ديتان لانهما انثيا مجبوب وان قطع انثيين اولا ثم قطع الذكر
ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل لانه ذكر خصي كذا في الينابيع لا دية نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال في قطع
ذكرهما دية كاملة لعموم قوله عليه السلام في الذكر الدية ولان العنين مرض والمرض لا ينقص البدل ونحن نعكس

الحكم في حلق اللحية وشعر الراس ولم ينبت وجب الدية بعد ان ينتظر سنة وقال الشافعي رحمه الله فيهما الحكومة
عدل وهو قول مالك رحمه الله كذا في النوازل لان الشعر زائد في الآدمي لهذا يحلق كلها او بعضها في البلاد
وليس في حلقه ازالة منفعة ولهذا يحلق شعر الراس وبعض اللحية في بعض البلاد فصار كشعر الصدر ولنا
ان اللحية في اوانها والشعر جمال الا ترى ان الاقرع يتكلف في ستره لفوات الجمال بازالة كل منهما فوجب الدية
كما في الاذنين وشعر الصدر لا يتعلق بجمال وكذا الخلاف في حلق الحواجب ولو حلق الشارب ففيه حكومة عدل
لانه تابع اللحية ولو حلق لحية كوسج وكانت شعرات معدودة فلا شيء عليه كما في لحية المراة وان كانت في الخد
والذقن غير متصل نقع بها الجمال في الجملة ففيه حكومة عدل وفي المتصلة الدية في كله ان كان عمدا وعلى عاقلته
ان كان خطاء فاذا حلقت اللحية انتظر حولا فلم تنبت فالدية وذكر في المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله ان كان من حلق لحية
كوسج فلم ينبت ففيه حكومة عدل بعدما انتظر سنة فلم تنبت كذا في الينابيع وان نبت بعد الحلق مثل الاول
باي صفة كانت لم يجب شيء من الدية والحكومة بالاجماع لكن يؤدب الحاكم لينزجر هو وامثاله عن الاقدام على ارتكاب
الحرام لان اثر الجناية لم يبق عمدا كان او خطاء وكذا اي الحكم لو نبت بيضاء في الحر اي لم يجب شيء في الحر لو نبت بيضاء
بعد الحلق عند ابي حنيفة رحمه الله لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية ولو نبت بيضا بعد الحلق في العبد حكومة واجبة
فيهما اي الحكومة في الحر والعبد لان بياض الشعر جمال في اوانه لا في غير اوانه فيجب حكومة عدل ولو قال وكذا لو نبت
بيضاء في الحر اي لم يجب شيء واوجباها ويجب في العبد لم يتعين محل الخلاف لاحتمال ان يرجع الضمير الى الدية
ولو قال ولو نبتت بيضاء في الحر فالحكومة غير واجبة واوجباها ويجب في العبد لكن اخصر وهو ظاهر ويجب
الدية في كل ما يوجد في البدن منه اي من العضو اثنان فيهما اي في قطعهما معا وفي تفويت منفعتهما معا
فلا يلزم استدراك لفظ فيهما ولا التقدير في قوله كل ويمكن ان يرجع ضمير فيهما الى القطع والتفويت دون الاثنين
ويجب نصفها اي نصف الدية في قطع احدهما من الاثنين لما روي انه عليه السلام قال في العينين الدية وفي
الرجلين الدية وفي الاذنين الدية اذا قطعهما خطاء الدية وان كان عمدا وقد قطعهما من الاصل فعليه القصاص
ولو استاصل اذني رجل قطعهما قال ابو حنيفة رحمه الله يقتص منه كما قطع به وعلى هذا شحمة الاذن وقال محمد رحمه الله
في نوادر هشام لو قطع اذني رجل فذهب سمعه فعليه ديتان دية السمع ودية الاذنين كذا في الينابيع وفي
احدهما نصف الدية لان في تفويت الاثنين من الاشياء الزوجة تفويت جنس المنفعة او الجمال ففي ثدي المراة اي حلمتها
الدية لفوات منفعة الارضاع وفي ثدي الرجل حكومة عدل اذ ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وربعها اي يجب ربعها
اي ربع الدية في قطع واحد مما فيه اي في البدن اربعة كاشفار العين في منابت الشعر واهدابهما وكل الدية
في قطع كلها او ثلثة ارباع الدية في قطع ثلثة منها ولو قطع الجفون باهدابها يجب دية واحدة لانه يفوت بفواتها

الجمال والمنفعة وهي دفع الاذى عن العينين ولان الاشفار مع الجفون كالمارن مع القصبة وتجب الدية في كل اصبع
من اصابع اليد او الرجل والاصابع كلها سواء لقوله عليه السلام في كل اصبع عشرة من الابل ويقسم ارش كل اصبع
على مفاصلها فالاصبع التي فيها مفصلان اذا قطع مفصل منها ففيه نصف ارش اصبع وان قطع مما فيه ثلث
مفاصل ففيه ثلث ارش اصبع ويتبعها اي الاصابع الكف حتى لو قطع مع الكف مع الاصابع الخمس يجب نصف الدية
فحسب لان منفعة البطش بالاصابع والكف تبع وكذلك اصابع الرجلين فان منفعة المشي بها وبالرجل فان قطعها
اي اليد من نصف الساعد ونصف الساق وجبت حكومة في الزائد على الاصابع والكف وفيها نصف الدية وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله ايضا وعنه الزيادة على ذلك تبع الى المنكب وفي الرجل الى الفخذ لان اسم اليد يتناولها الى المنكب
والرجل الى الفخذ كذا في النوازل وهو قول مالك رحمه الله وبعض اصحاب الشافعي رحمهم الله ولو قطع كفا فيها اصبع ففيها الاكثر عند ابي حنيفة رحمه الله
فقط ويكون الكف تبعا اوجبنا الاكثر من ارشها ومن الحكومة في الكف اي ينظر الى ارش الاصبع والى حكومة
العدل في الكف فيدخل الادنى في الاكثر لانهما جنايتان في محل واحد فيما دون النفس فيدخل ارش اقلهما في اكثرهما كما في
الشجة الموضحة مع سقوط بعض الشعر ولهما ان الاصابع اصل في البطش والاصل يستتبع الفرع عكسه مع الضعف
في باب الزكوة بخلاف الموضحة وسقوط بعض الشعر لان احدهما ليس تبعا للآخر وهذا الحكم اذا كان المقطوع اصبعا او اصبعان
فاذا كان المقطوع كفا وفيها ثلث اصابع فان الواجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لقيام الاكثر مقام
الكل وفي العيون قطع الكف وفيها اصبع او اصبعان عشرة او خمسها ولا شيء في الكف بالاجماع ولو شلت اي
اي يبست اصبع اخرى بقطع جاريتها اي جانبها ففيهما اي في الاصبعين الارش عند ابي حنيفة رحمه الله ولا قصاص في
وقالا القصاص في الاولى اي في الاصبع المقطوعة والارش في الاصبع الثانية وهو قول الثلثة كذا في العيون
لان الجناية ها هنا متعددة لوقوعها على محلين متنافيين فسقوط القصاص في احدهما لا يوجب السقوط في الآخر
كما لو قطع اصبعا عمدا واصبعا اخرى بجنبها خطأ وله ان هذه جناية واحدة في ذاتها ومحلها لكن اثرها سرى الى الاخرى
فلما صار بعض موجبها مالا وهو الارش في الثانية سقط القصاص عن الاولى وانقلب مالا للعلم بالتجزي بخلاف ما
استشهد به لانهما جنايتان متغايرتان ذاتا ومحلا ولو قطع اصبعا فشلت الكف او قطع مفصلا فشلت
بقية الاصبع لا يجب القصاص بالاجماع لاتحاد المحل حكما ويجب نصف عشرة اي عشر الدية في كل سن سواء كان ضرسا
او نابا للعموم لقوله عليه السلام في كل سن خمس من الابل والاسنان اثنان وثلثون عشرون منها اضراس واربع انياب
واربع ضواحك واربع ثنايا واذا وجب لكل سن خمس من الابل يكون دية جميع الاسنان مائة وستون ابلا وهو نصف عشر الدية من الورق
وهو خمسمائة في كل سن بلغت الجملة ستة عشر الفا وليس في البدن جنس عضو يجب في تفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان
واذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه اربعة عشر الف درهم لان اسنانه ثمانية وعشرون صلاحي ان امراة قالت لزوج

يا كوسج فقال الزوج ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رحمه الله فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين
وثلثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج ولو نبت عوضا اي سن اخرى مكان السن المقلوع في
البالغ فهو اي الارش ساقط عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب الارش كاملا وهو قول الثلثة وان نبت في قول كذا في العيون
لتحقق الجناية الموجبة له وما حدث نعمة اخرى من الله تعالى فصار كما لو لم يحصل الآخر وله ان الجناية
عدمت معنى لان الجمال والمنفعة عادا كما لو كسر سن الصغير كما يسقط الارش في سن الصغير اذا نبتت اخرى
مكانها بالاجماع ويؤجل في سن الصغير سنة كذا في النوازل فان نبت سن الصغير فلا شيء ايضا وكذلك الكبير
ولو نبت نصفها فعليه نصف الارش فان قلع خطأ فاخذ صاحب السن ارش سنه فانبتها مكانها فعلى
القالع في ارش السن كاملا ولو اقيد فنبت سن الاول يجب الدية الا عند مالك والشافعي رحمهما الله في قول وقال
ابو يوسف رحمه الله لو نبت سن القالع بعد القلع لا يسقط بل لزم الارش كاملا لان الحادثة نعمة مبتدأة
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء في سن الصبي لانها نبتت وقال ابو يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل للالم
فاذا لم تنبت يجب فيجب الارش كاملا كذا في الينابيع فان قلعها فردت الى مكانها ونبت عليها اللحم يجب الارش لان نبات
اللحم لا اعتبار له فان العروق لا تعود كذا في الفصول الشريعة ولو ضرب السن رجل حر فاصفرت فالارش واجب عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الجمال الحاصل بالسن البياض فات فيجب تمام ارشها كما لو اسودت او اخضرت واحمرت او كسرت بعضها فالاسود فيه
من ضرب يجب الارش بالاجماع وقالا حكومة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان بعض الاسنان يكون مصفرا
فتكون الجمال فيه ناقصا لا فائتا والنقصان غير منضبط فيجب الحكومة ولو صارت هذه الاوصاف في سن العبد
يجب الحكومة بالاجماع وتجب حكومة في قطع الاصبع الزائد لانه لم يتعلق به جمال ولا منفعة لكنه جزء من الآدمي فلا
يهدر فيجب الحكومة تعظيما له وتجب حكومة في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته اي صحة كل واحد من هذه
الاعضاء ويعرف صحة اللسان بالكلام والذكر بالحركة والعين بما يستدل به على النظر ولما كان المقصود من الاعضاء
منافعها وجهل وجودها في الصغير لم يجب الدية في قطعها ولو علم صحتها صار العين كالبالغ ولو ذهب عقله او شعره او
بموضحة وهي الجراحة التي يظهر العظم فيها اي اقتصرنا على الدية ولا يلزم شيء آخر سواها وقال زفر رحمه الله يلزمه
الارش مع الدية لانهما جنايتان في موضعين فيجب موجب كل جناية قياسا على المسئلة الثانية فهي قوله اذا ذهب سمعه او بصره او كلامه
اما ذهب بالموضحة من المنافع دخل الارش فيها اي كما يجب الدية بالاجماع ولنا وهو الفرق بان محل الشعر جزء الرأس
وكذا محل العقل لانه في الجزء الباطن منه فالعقل نور في الدماغ كالقنديل لهذا النور فهذا الاعتبار كان العقل في الرأس
ولهذا ينتقض اذا بطل الدماغ فاتحدت الجناية ذاتا ومحلا فدخل الارش في الدية فلا يكون بجناية الواحدة موجبان بخلاف السمع
والبصر والكلام لان محالها متغايرة فصارت الجناية متعددة وان لم يقيد الموضحة بالخطأ في المسئلتين لانه يجب الدية دليله على

خطأ وفي عمدها قصاص كما سيأتي وأما إذا زال أثر الشجة بأن التحمت ونبت الشعر فالأرش ساقط عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الموجب
هو الشين وقد زال ولا قيمة لمجرد الألم ولهذا لو ضرب ضربًا مؤلمًا ولم يؤثر فيه لم يجب شيء وأوجب أبو يوسف رحمه الله أرش الألم
وهو قول الشافعي رحمه الله في قول حكومة عدل وهو المراد من أرش الألم إلا أن الشين الموجب قد زال فالألم الحاصل بها
فيجب في كل القدر من الألم ... أجرة الطبيب ... وثمن الأدوية بسبب الشجة فصار كأن
الشاج أخذ ذلك القدر من ماله وينظر في قصاص الجرح برءه لقوله عليه السلام ... من الجراحات سنة ولأن المعتبر في
الجراحات مآلها لا حالها لاحتمال أنها تسري إلى النفس ... إلى الحال كذا في الغياثية ويجب حكومة بالشجة الحارصة
بالحاء والصاد المهملتين وهي ما يحرص من الجلد أي يخدشه ولا يخرج دم وهي أول الجرح صفة الشجة ولم يشر إلى الخلاف تبعًا
للمنظومة ويجب حكومة عدل في الدامعة وهي التي يظهر بسببها الدم ولا يسيل يشبه بالدمع في العين والدامية وهي التي
تخرش الجلد ويسيل الدم منها والباضعة وهي التي يبضع الجلد أي يقطعه ولا تبلغ الجلدة التي تحت اللحم والمتلاحمة وهي
التي تأخذ في اللحم ويخرج من موضع أخذها ... وذكر في شرح الطحاوي أن المتلاحمة هي التي يقطع ما هو فوق الباضعة دون
السمحاق وعن أبي يوسف رحمه الله هي التي تشق الجلد ولا تأخذ شيئًا من اللحم وعن محمد رحمه الله وهي التي لا تشق الجلد ولا تقطعه ولكن
تسود وتلتحم فيها والسمحاق وهي التي يقطع اللحم ويصل إلى الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس ...
هو الذي تصل ... الجلد الرقيق الذي يكون على قحف الرأس بأن يقوم عبدًا ... تفسير للحكومة يعني يقوم الجريح على تقدير
كما كان سالمًا عن هذه الجراحة وسليمًا أي يقوم جريحًا سليم اللديغ كأنهم تفاءلوا بالسلامة كذا في الصحاح والمراد به الجريح
فيجب من الدية ما نقصت الجراحة من القيمة مثلا إذا كان قيمته سالمًا مائة ومع أثر الجراحة صارت تسعين ونقص عشر القيمة فيجب عشر
والقصاص في الشجة الموضحة عمدًا عند إمكان المساواة فيها بانتهاء السكين إلى العظم فلا قود إلا في الشجاج في الموضحة
عند أبي حنيفة رحمه الله وهي التي توضح اللحم وقال محمد رحمه الله يجب القصاص فيما قبل الموضحة بأن يسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك ويقطع بها مقدار ما قطع وفي غيره من الشجاج غير ممكن والاتفاق على وجوب القصاص في الموضحة عمدًا إنما يثبت
إذا لم يختل عضو آخر حتى لو شجه موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص عند أبي حنيفة رحمه الله فيجب الدية فيهما وقالا في الموضحة
قصاص وفي البصر دية كذا في الكافي ونصف عشر الدية في الخطأ أي إذا كان الموضحة خطأ ويجب عشر الدية
في الهاشمة وهي التي تكسر العظم حتى ينصدع ولا يخرج منها عظم كذا في ... للحسن بن زياد وعشر ونصف أي يجب عشر الدية
ونصف عشر في المنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحركه وثلث أي يجب ثلث الدية في الآمة بالمد وتشديد الميم وهي التي
تصل إلى أم الدماغ وهي التي فيها الدماغ روي أنه عليه السلام قال في الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية فهذه الشجاج التي هي أحد عشر مختصة بالرأس والوجه لغة حتى لو وجد في غيرهما كالساق واليد
سمي جراحة ولا يكون لها أرش مقدر لأن الأثر بالتقدير إنما جاء في الرأس والوجه بل يجب حكومة عدل ويجب ثلث أي ثلث الدية

في الجائفة وهي التي وصلت إلى الجوف والجائفة تكون بين اللبة والعانة ولا تكون فوق الرقبة ولا تحت العانة فهي مختصة بالجوف
والجنب والظهر ويجب ثلثان أي ثلثا الدية في النافذة وهي التي تنفذ من البطن إلى الظهر وهي جائفتان حقيقة أحدهما
من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل منهما ثلث يجب الدية لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه حكم في النافذة هكذا وإن ضربت
بطن امرأة فألقت جنينًا ميتًا وجبت الغرة خمسمائة دينار وهي عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة وعلى التقديرين يكون
خمسين دينارًا على العاقلة في سنة ثم القياس في الجنين ... لأنه لم يعرف حيوته وقتل النفس لا يتحقق إلا
في محل هو حي والظاهر ... ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء أو يجب كمال الدية لأن الضارب منع حدوث الحيوة فيه
فكان كالمزهق للحيوة ... من البدل لكن تركنا القياس بالحديث وهو ما روي أن امرأة ضربت بطن ضرتها بعمود فسطاط
فألقت جنينًا ميتًا فاختصم أولياؤها إلى النبي عليه السلام فقال للأولياء الضاربة دوه أي أدوا الدية فقال أخوها أتدي من لا صاح
ولا استهل ولا أكل ولا شرب ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكم النبي عليه السلام على عاقلة الضاربة بالغرة في سنة ثم دية الجنين غرة لأنها أول شيء يجب في الآدمي وغرة الشيء أوله
ومنه غرة الشهر وإن ألقت جنينين أو أكثر ففي كل واحد منهما غرة أو ألقت جنينًا حيًا ثم مات فالدية أي يجب الدية الكاملة
أو ألقت جنينًا ميتًا ثم ماتت الأم فدية كاملة للأم وغرة للجنين وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذه الصورة كذا أو ماتت
الأم من الضربة ثم ألقت جنينًا حيًا فديتان دية للأم ودية للجنين لأنه قتل شخصين أو ماتت ثم ألقت ميتًا فدية
لا غير أي لا شيء في الجنين لأنه يحتمل أنه يموت بموت أمه ولأنه يموت في الضربة فلا يجب الغرة بالشك وقال الشافعي رحمه الله
فيه غرة أيضًا كذا في الغياثية والنوازل ونحن لا نوجب فيه أي في الجنين كفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه كفارة وهو قول
مالك ... كذا في ... لأنه قاتل حقيقة ولنا أنه لم يباشر القتل وإنما صار سببًا فلا كفارة في التسبب ... فلو فعل
كذا في النوازل وتورث الغرة أي تقسم الغرة بين ورثة الجنين ذكر في الوجيز ثم يصرف الغرة إلى ورثة الجنين وهو ... العصبة
ولم يذكر خلافًا ولذلك ترك الخلاف في المتن وهو قول مالك ... لا يرثه الضارب ...
وفي المنظومة ذكر خلافًا أن الشافعي رحمه الله ... لا يورث عنه لأنه طرف من أطرافها فيكون بدله لها كما ...
الصحيح أن الخلاف لأنه بدل النفس على حدة فيكون موروثًا كالدية ولكن لا نعتبر في جنين الأمة ...
فالنقصان عشر قيمة الأم مطلقًا أي ذكرًا كان أو أنثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الأم فيجب نصف عشر قيمته أي قيمة الجنين
ذكرًا لو كان حيًا وعشر قيمته لو كان أنثى ... لأن العاقلة لا يعقل العبد والأمة وذكر في ... أنه ...
التسوية بين المذكر والمؤنث في جنين الحرة فكذا في جنين الأمة ... باعتبار قطع النشو لا باعتبار صفة المالية
لأنهما ... في الجنين ... الأنثى أسرع نشوًا ... بعد الانفصال فلهذا تفضل الأنثى على الذكر وقيل إن في العادة قيمة الغلام
على قيمة الجارية بكثير حتى لو ... بالقوم ... يقوم الغلام الذي ... فيجب في الجنين ... قيمته

الا كان اثنى وعند ابى يوسف يعتبر النقصان لو انتقصت الام بالقائها كما فى البهايم فان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عند
ولان فى ... الجنين جزء منها فيكون جناية باعتبار الاصل ولنا ان النقصان ظهر فى الجنين لا فى الاصل فيكون هو المعتبر
فى الضمان والالحق يكون بدل نفسه فكان باعتبار قيمته اولى ولو شربت امراة دواء لتطرح ولدها فالقت جنينا ميتا فلا شئ عليها
عند ابى حنيفة رحمه الله وان شربت لتسقط ولدها فالقته حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية وان القته ميتا ففيه غرة على عاقلتها ولا ترث فى
الوجهين كذا فى النوازل

فصل

فيما يحدث فى الطريق ومن اخرج الى الطريق العامة دكانا او ما يوطى من الجناح
العلو او اخرج ميزابا او نحوه كالكنيف والدكان وفيها ضرر الجاني من المسلم العاقل الحر البالغ والذمي والمكاتب
والعبد التاجر كان لكل منهم من اهل الحق وان لم يضرهم انتزاعه ونقضه لان المرور حق لكل فالحاصل انه لمن ...
لا يجوز له ان تفعل وان لم يضرهم يجوز لكن مع ذلك لكل واحد منهم نقضه لانه تصرف فى الحق المشترك كما فى الملك المشترك
لم يضر بخلاف العبيد والصبيان المحجورين لا يؤمر بالقصد بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا يعتبر فى ذ وكذا لا يعتبر فيما يكون
لغيره سنا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين كالمسجد والقنطرة ونحوه فلا ينقض قال الاسمعيلي الصفار انما ينقض بخصومة اذا لم يكن ...
فان كان لا ... الخصومة ولو اراد ازالة الغرض لكن يبدا بماله وحيث لم يزل ... فى قدر ... علم انه متعنت كذا فى
وكذا اذا اراد اخراجه الى الطريق منع سواء كان يضر او لا ... بغير اذن الامام عند ابى حنيفة رحمه الله لان التدبير فيما
يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة فيكون اذنه فيما لا يضر به العامة لعون العامة وانما يحل الاخراج بالاذن ...
لا يضر بالعامة فان كان يضر لا يحل الا باذن فان راى الامام فيه منفعة واذن لبذلك فحفر بئر فعطب ... لم يضمن ...
فى دار رجل باذنه كذا فى شرح الجامع الصغير ... ولا يضمن بلا اذن لو كان فيه منفعة للعامة كذا فى العيون ومن وضع
فتدا ... فلكل احد ان يمنعه قبل الوضع وبعده وعند ابى يوسف رحمه الله لكل واحد ان يمنعه قبل الاخراج لا بعده فان الذي
الاخراج بقصد ابطال ... الخاصة من غير ... الغرض عن ... وعند محمد رحمه الله ليس لاحد ان يمنعه قبل الاخراج وبعده ...
ضررا بالناس ... كذا فى العيون والسكة النافذة فى وسطها ... كان لهم ان يمنعوا ... كذا فى
لانها ... فى احداثه ... اهل ... السكة الواسعة غير نافذة احداث ذكر الروشن وغيره الا برضاهم اى باذن
السكة لان حق المرور لهم واذا سقط على انسان فهلك فديته على عاقلته لانه صار سببا للقتل وفى الخطا كان العاقلة يتحملون
يتحملون الدية تخفيفا على القاتل فالتسبيب اولى بالتخفيف وان هلك مالا بسقوطه فضمانه فى مال من اخرجه لان العاقلة لا تعقل
الاموال ولو مال حايط الى الطريق العام فطولب ملكه اى طالبه ... بنقضه من مسلم او ذمي ولو طلب الاب او الوصي
او الام بنقض حائط الصبي ... ضمان ما تلف به من مال الصبي لان فعلهم كفعله ولا يصح مطالبة المرتهن والمستاجر و
المستودع والمستعير فان سقط لا يضمنون لهدم الحائط لانه لا ولاية لهم فيه فلا يعتبر مطالبتهم كذا فى الينابيع وينقض
لان اشتغال الهواء المشترك بين الناس ... كان مطالبه مسلما او ذميا او مكاتبا او عبدا تاجرا لان لكل منهم حق المرور واشهد

اى على ملكه النقض والاشهاد دعا مطالبه بهدم الحايط ليس بشرط حتى لو اعترف به صاحبه فهو ضامن كذا فى ...
اذا انكروا انما ذكر الاشهاد للاثبات عند الحاكم اذا انكر كذا فى الينابيع وكان من باب الاحتياط والاشهاد ان يقول اشهدوا
انى تقدمت اليه فى هدم حائط فلم ينقض فى مدة الامكان اى فى مدة يمكن نقض ذلك الحايط فسقط ضمن مالك الحايط ما تلف به
من المال فى ماله وان تلف نفس فديته على عاقلته استحسانا والقياس ما بنى وجوب الضمان لان ميلان الحايط وشغل هواء العامة
ليس بفعل لا تسبيبا ولا مباشرة وجه الاستحسان ان الهواء الذي هو حق مشترك بين الناس صار مشغولا بحائطه واذا طولب
مع الامكان صار بامتناعه متعديا وقبل الطلب لم يصر متعديا ولو سقط قبل الطلب لا يضمن لان ميلان الحايط ليس من صنعه فلم
يكن متعديا فيه وبعد الطلب صار متعديا ولو سقط بعدما شرع فى هدمه من وقت الطلب يضمن ولو اجله القاضي او
لم يصح لان الحق لجماعة الناس وليس للقاضي ولا لغيره ابطال حقهم هذا لو عرض الميل على الحائط ولو كان مبنيا ... فسقط
يضمن ما تلف به من غير اشهاد لانه متعد فيه ولو سقط الميزاب فاصاب ما كان الداخل فيه رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه
وان اصاب ما كان خارجا منه يضمن لانه متعد بشغل هواء الطريق وان اصاب الطرفان وجهل الضمان هدر النصف فضمن
كما اذا جرح انسان كلب فمات منهما وان لم يعلم اى طرف اصاب فقال القياس لا ضمان عليه لانه لو لم يعلم انه جاني ويضمن النصف
استحسانا لانه فى حال لا يضمن فيضمن النصف لو باع الدار بعد الاشهاد دكان برى عن الضمان لان الجناية انما تتحقق
بترك الهدم مع تمكنه فلم يبق بعد البيع ولا يضمن المشتري ايضا لانه لم يطالب عليه النقض بخلاف ما لو اشرع جناحا
ثم باع الدار والجناح فانه يضمن البايع ما تلف منه لانه يترتب على فعله وهو ... ولم ... والناس يتضررون به قبل
يجبر على بنائه لو كان قادرا عليه والصحيح لا يجبر كذا فى النوازل وان مال الى دار جاره فطالبه سواء ذلك الجار او من
يكن مالكا لتلك الدار فالمطالبة تلزم فى تلك الدار ولو طولب احد خمسة من الشركاء الخمسة فى الدار بنقض الحائط
المشترك المايل فلم ينقض فى مدة الامكان حتى وقع ومات انسان فخمس الدية على عاقلته اى عاقلة من طولب عند ابى حنيفة رحمه الله
او حفر احد ثلثة شركاء فى دار لهم بئرا بغير اذن شريكيه فوقع فيها انسان فمات فعلى عاقلته ثلثا الدية اى على عاقلة الحافر ثلثا الدية
عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن كل الدية فى الحفر كذا فى العيون وقالا النصف فيهما اى على عاقلته نصف الدية
فى المسئلتين لان الحفر لو كان باذنهما لصار التلف بالوقوع هدرا ولو كان حفر الحافر فى عين ملكه لصار ضامنا فيكون
الهدر نصفا والاعتبار نصفا كمن جرح رجلا جرحا باذنه وجراحتين بغير اذنه فمات يضمن
نصف الدية وله ان الحافر متعد فى نصيبي شريكه وغير متعد فى نصيبه فيضمن فيما تعدى فيه وهو الثلثان ولا يضمن
فيما لم يتعد وهو الثلث فيقسم الضمان على ما وجد فيه التعدي وعلى ما لم يوجد كمن استاجر دابة ليحمل عليها كرا
ونصف فهلكت يضمن المستاجر ثلث قيمة الدابة ولو استاجر ليحمل عليها نصف كر فحملها كرا ونصف كر يضمن ثلثي قيمتها و
عند الشافعي وابي يوسف رحمه الله يضمن كلا فى الحفر فقط كذا فى العيون ولو مات فيها اى فى البئر التى حفر فى غير ملكه ويبطل حق الغير ...

وخصوصا ولو ضرب الرجل فسطاطا في طريق مكة او في طريق اخر شغل الطريق مكة بلا اذن الامام فعطب به انسان فانه ضامن

فعل ذلك في المحجة حيث يمر الناس والدواب فهو ضامن وان فعله في غيبة ويسرة من الطريق حيث لا يمر الناس فلا ضمان

عليه حتى في طريق كتب في الفيافي والمقابر في غير ممر الناس فوقع فيه انسان فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا السبب

لان له الارتفاق بهذا الموضع من حيث النزول عليه وضرب الفسطاط عليه وربط الدواب من غير شرط السلامة وليس فيه

ابطال حق المرور على الناس وكان له الارتفاق من حيث الحفر فلم يكن متعديا في هذا السبب والمسبب

انما يكون متعديا لا يضمن والقنطرة اذا ذهبت كلها فاصلحها انسان بغير اذن الامام فهو ضامن لما عطب فيه

وان رمم شيئا لخشبة اراد السقوط فاصلحها بغير اذن الامام فهو خدعة التوابيع فلا يضمن فيه كذا في مجمع الفتاوى

غم بفتح الغين المعجمة وهو ان يكون التنفس مأخوذا من الحر والمراد من الغم الاختناق من هواء البئر نصف على الحالة

التمييز فهو هدر عند ابي حنيفة رحمه الله اي لا شيء على الحافر وقالا عليه دية لان الغم من هواء البئر مضاف الى الحافر

كالعمق وله انه لم يمت من السقوط حتى يكون الحفر سببا له وانما مات من الغم وهو ليس من صنعه بخلاف العمق فانه من صنعه

اومات جوعا في البئر حكم محمد رحمه الله بالضمان اي بالدية على عاقلته وقالا لا شيء عليهم وانما وافق محمد رحمه الله ابا يوسف رحمه الله

في المسئلة الاولى وخالفه في الثانية لان الغم انما حصل من وقوعه في البئر والجوع غير مختص بالبئر ولو القى الواقع فيها

اي في بئر في قارعة الطريق جر الاخر انسانا اخر وهو جر انسانا اخر ثانيا وهو جر ثالثا وماتوا وجهلت كيفية موتهم

اي لم يعلم موتهم باي سبب وقع وهو الوقوع في البئر او وقوع المجرور عليه اولا وثانيا او لوقوعهما معا يلغي ابو يوسف رحمه الله

ثلث دية الاولى ويوجب ابو يوسف رحمه الله ثلثها على الحافر وثلثها على الثاني ونصف دية الواقع الثاني لا غير على الاول

الاولى اي لا شيء على الحافر ولا على الثالث فجعل ابو يوسف رحمه الله دية الثاني نصفان نصفها على الاول ونصفها هدر

واوجب محمد رحمه الله دية الاولى على الحافر كملا ودية الثاني على الاول كملا ويجب دية الثالث على الثاني بالاجماع لان السبب

للاول وقوعه فيها والسبب للثاني جر الاول وعلم يعلم انه حصل بسبب اخر فيعمل بالظاهر فيضاف الحكم اليه هذا هو القياس وله

الاول يحتمل ان يكون من وقوعه في بئر ومن وقوع الثاني عليه ووقوع الثالث عليه او بعضها او من البعض فيقسم ديته اثلاثا

هذا هو الاستحسان لان الثالث الذي باثنه وقوع الثالث عليه بجر الثاني هدر لانه جرح عليه وهو غير معتبر في احكام الدنيا

فيكون ثلثه على الحافر وثلثه على الثاني لانه هو الذي جر الثالث على الاول ولا شيء على الثالث كمثله كما اذا كانا اثنان ووقع

في البئر بجر الاول ووقوع الثالث عليه فديته يكون نصفين نصفه هدر لانه هو الذي جر الثالث عليه ونصفه على الاول لانه جره

على الثاني ولا شيء على الحافر لان الموقع مع الحافر اذا اجتمعا كان الضمان على الموقع وانما قال وجهلت كيفيته اذ لو

عرف فالاول لطبعه اجاب ان عرف انه مات لوقوعه في البئر فالضمان على الحافر وان مات بوقوع الثاني عليه فدمه هدر لانه

هو الذي جره الى نفسه وان فات بوقوع الثالث عليه فالضمان على الثاني لانه هو الذي جر الثالث وان فات بوقوعه

الثاني عليه فضمنه على الحافر ونصفه هدر وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني

ولا شيء على الثالث وان مات بوقوع الثاني والثالث فنصف ديته هدر ونصفها على الثاني وان مات من ذلك كله فالثلث هدر وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني واما موت الثاني فعلى ثلثه اوجه ان مات بوقوعه في البئر فديته على الاول

لانه جره في البئر وان مات بوقوع الثالث عليه فدمه هدر لانه جره في البئر وان مات بوقوع الثالث عليه فدمه هدر

لانه جره على نفسه وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصف ديته هدر والنصف على الاول ولا شيء على الثالث واما موت الثالث

فليس له الا سبب واحد وهو جر الثاني فديته عليه لو حفر اي البئر قارعة الطريق عبد فوقع بها انسان فاعتق المولى

ذلك العبد مع العلم به اي بموت الانسان ثم مات فيها انسان فاعتق المولى يضمن المولى الدية الكاملة بالاجماع

وولي الثاني ياخذ منها اي من الدية قدر قيمة العبد عند ابي حنيفة رحمه الله والباقي يكون للمولى الاول وقالا بل

يضمن له اي لولي الثاني نصف قيمته من غيره اي قيمة العبد من غير الدية فيسلم الدية الكاملة لولي الاول

لان العبد اعتبر قاتلا لهما من حين الحفر فيدفع تمام الدية الى الاول لانه صار مختارا للفداء دون جميعه

دون الثاني لانه علم جنايته دون الثانية ويدفع نصف قيمة العبد الى الثاني كما لم يعلم جنايته بالاولى حين العتق

فانه يدفع نصف القيمة الى ولي الثاني بالاجماع وله ان الواجب على المولى للوليين كان قيمته لم يعرف الجناية الاولى

فلما اعتقه بعد علمه صار مختارا للفداء في الاولى وتعين قدر القيمة للثاني فيشاركه الاول في الدية بقدر

ما يخصه حتى لو كان قيمة العبد مائة دينار يكون لولي القتيل الاول دية الف دينار ولولي القتيل الثاني قيمته قدر مائة

دينار العبد فيقسم الدية على احد عشر جزءا فياخذ ولي القتيل الثاني من احد عشر جزءا وذلك تسعون دينارا وعشرة

اجزاء من احد عشر جزءا من دينار وياخذ ولي القتيل الاول عشرة اجزاء من ذلك وذلك تسعمائة وتسعة دينار

وجزء واحد من احد عشر جزءا من دينار كذا في المصفى لو كان قيمة العبد مائتا دينار والدية الف دينار فللثاني

السدس وهو مائة وستة وستون دينارا وثلثا دينار وللاول خمسة اسداسه وهو ثمانمائة وثلثة وثلثون دينارا

وثلث دينار وقدر قيمة العبد والنوم والجلوس والقيام في المسجد لغير صلوة كقراءة القرآن والتعليم يوجب

ضمان ما تلف به عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان من اهل المحلة او من غيرهم هو الصحيح ولهذا ليس لاهل المحلة

ان يمنعوا غيرهم من الدخول في مسجدهم وقالا لا يضمن وهو قول الثلثة كذا في العيون سواء كان للصلوة او غيرها

وضع المسئلة في الهداية في مسجد حي وقد صحت الرواية انه اذا كان في مسجد غيره ضمن بالاجماع وذكر في الجامع الصغير

لفخر الاسلام اذا جلس رجل في المسجد لحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع فيحمل على كلام محظور والخلاف في كلام مباح كذا

في المصفى لو كان كل من هذه الافعال حال انتظار الصلوة فتلف بفعله شيء لا يضمن بالاجماع وكذا لو طوى حصيره اي

حصير المسجد او رفع قنديله من اجنبي فان طوى حصير المسجد من غير اهل المحلة او علق قنديلا بلا اذنهم يضمن ما تلف بهما

عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن وهو قول الثلثة كذا في العيون لان هذه الافعال مباحة في المسجد لما روي ان اصحاب
الصفة رضي الله عنهم كانوا ملازمين للمسجد قائمين ومتحدثين فيه لان الكل مأذونين بالدخول فيه والصلوة و بسط الحصير
وتعليق القنديل من توابعها ولان في المسجد بني للصلوة وهذه الافعال المباحة اذا لم يكن لانتظار الصلوة فتقيد
بشرط السلامة كالمرور في الطريق واما اذا كانت للانتظار فلا يضمن لقوله عليه السلام المنتظر للصلوة في الصلوة ما دام
ينتظر وان تدبير المسجد من بسط الحصير وغيره مفوض الى اهله حتى كان لهم ان يمنعوا غيرهم من ذلك فلم يتقيد فعلهم
بالسلامة وتقيد فعل غيرهم بها هذا اذا علقه للاستضاءة ولو علقه للحفظ يضمن بالاجماع ولو علقه باذنهم لا يضمن بالاجماع
لانه التحق بفعلهم كذا في الحقايق ويضمن ما تلف بحفر اي بحفر الاجنبي بئرا او بنائه فيه اي في المسجد لان اهل
محلة كالملاك له والاجنبي كالمستعير لكونه في دخوله وللمستعير ان يدخل الحصير والقنديل في الدار المستعار
وليس له ان يحفر بئرا او يبني فيها ويضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها او رجلها اي الموطئات فلان الدابة فوطئت
الدابة المختبرة اينا نابلة فيه الفعل الى الراكب وان لم يقصده او كدمت اي عضت عنها او صدمت اي ضربت
بصدرها في طريق العامة لان المرور فيه وان كان مباحا لكنه مشروط بالسلامة فيما يمكن الاحتراز عنه وايطاء الدابة
وكدمها وصدمها مما يمكن الاحتراز عنه لانه ذلك يجري عنه لا ما نفحت اي لا يضمن ما ضربته برجلها او ذنبها لان
الاحتراز عنه غير ممكن لانه ليس يجري منه هذا اذا كانت سائرة وان كانت واقفة فنفحت يضمن لان الاحتراز عنه
ممكن بعدم الايقاف لو كان الراكب سائرا بها في ملكه فوقعت هذه الافعال ههنا لم يضمن ما تلف من حركاتها سوى
الوطي لانه متصرف في ملكه فلم يكن متعديا الا ان الراكب بوطي دابته جعل كالاتلاف ولهذا وجبت عليه الكفارة وحرمان
الارث في الوطي دون غيره ولو كان الراكب في ملك غيره يضمن ما تلف من حركات دابته سائرة كانت او واقفة لانه متعد فيه ولو كان
مأذونا له في ذلك من قبل المالك ينزل منزلة ملك نفسه او ما تلف بروثها او بولها في الطريق لا يضمن ايضا سواء كانت سائرة او واقفة فيه
اي للروث لان التحرز عنه غير ممكن اما حالة السير فظاهر واما حالة وقوفها فلان بعض الدواب لا يروث حتى يقف وفي قوله نبه
اشارة الى انه لو اوقفها لغير ذلك يضمن لامكان التحرز عنه بعدم الايقاف كذا ... وكذا لو اوقفها في باب المسجد او في موضع نهي عنه
الدواب باذن الامام لا يضمن ولو اوقفها في السوق للتبايع به فيه لا يضمن ايضا كما ... من ايقافهم لانه في ذلك ماذون من قبل
الامام وكذلك الفلاة اذا لم يكن واقفا في المحجة لانه لو وقف في الفلاة لا يضمن بالكلية اذا لم يكن في المحجة فالمحجة بالفتح جادة
الطريق ويضمن القائد ما اصابت اي ملكت بيدها دون رجلها لان نفحتها غائبة عن نظر القائد فلا يمكنه الاحتراز عنه
ويضمن السائق ما اصابت بهما اي بيدها ورجلها لانها على السائق فيمكنه الاحتراز عنه كذا ذكره القدوري وقيل
فلا يضمن ما اصابت برجلها في الاصح واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله لان رجلها وان كانت بمراى عينيه لكن ليس على
عن النفحة فلا يمكنه الاحتراز عنه بخلاف الكدم لانه يمكنه كبحها بلجامها ويضمن قايد قطار او وطء القطار في طريق العامة فتلف لان القائد

في يده فيضاف فعله اليه فيصير كانه قتله خطأ فيكون ضمان النفس على عاقلة القائد وضمان المال في ماله وكذا لو ربط
رجل بعيرا بالقطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط رجلا فقتله لان ما تلف تسبب بالقود دون الربط لكن على عاقلة
القائد يرجعون بالدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه الضمان ولو علم القائد الربط لا رجوع لعاقلة القائد
على عاقلة الرابط لان القائد هو الذي اوقع نفسه في الورطة قالوا هذا اذا ربط حالة السير اما اذا ربط حالة وقوفه ثم قاد ضمن القائد
لانه قاد بعير غيره بغير امره فلا يرجع عليه بما لحقه من الضمان كذا في الكافي فان كان معه اي مع القائد سائق ضمنا اي القائد
والسائق لانه سائق لكله كالقائد ولو كان السائق مع الراكب قيل لا يضمن السائق لان الراكب مباشر والسائق
سبب ولا عبرة مع المباشرة كالحافر مع الملقي ويجب دية كل المصطدمين اي اللذين اصطدما خطأ وماتا على عاقلة
الاخر لا نصفها خلافا لقول الشافعي رحمه الله فانه قال يجب على عاقلة كل منهما نصف دية صاحبه لولي الاخر وهو قول زفر ومالك رحمهما الله كذا في العيون
لان الاصطدام فعل يتقوم بهما فيهدر نصفه وهو ما تلف بفعله ويعتبر نصفه وهو فعل صاحبه كما لو جرح نفسه وجرحه
اخر فمات منهما يجب نصف الضمان ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل على عاقلة كل واحد من المصطدمين دية كاملة وان تلف حتى
مضاف اليهما بالتسبب لا بالمباشرة والتسبب يعتمد على وصف التعدي وشيء كل منهما بالنسبة الى نفسه مباح فلم يضف فعله في
نفسه كونه متعديا فلم يكن التلف مضافا اليه لعدم شرط الانضياف واما في حق غيره فمشيه مباح لكنه مشروط بالسلامة
فاذا لم يتحقق الشرط ارتفعت الاباحة فكان مشيه في حقه عدوانا فكان فعله في حق نفسه مباحا وفي حق غيره محظورا فكان
تلف غيره مضافا اليه وتلف نفسه مضافا الى صاحبه لوجود شرط الانضياف فكل منهما في حق غيره لا في حق نفسه فصار كالملقي مع
الحافر هذا اذا وقع كل منهما على قفاه واما اذا وقع على وجهه لا شيء عليه او ان وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه هدر دية
الاخر على عاقلة صاحبه وهذا ايضا اذا كانا حرين وان كانا عبدين يهدر الدم في العمد والخطأ لسقوط الدفع او الفداء
لعدم المحل ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا يجب على عاقلة الحر المقتول في الخطأ قيمة العبد ثم تلف العبد الجاني ولا خلف
يكون بدله لورثة المجني عليه ويأخذه ورثة المقتول الحر بجهة كونه قاتلا وفي العمد نصف قيمة العبد ودليلها مذكور في الهداية
من اراد فليطالعها وانما بيناه وان ثبت عندنا وفي خلاصة الزوجين من دية الاخر وقال مالك رحمه الله لا يرث لانها بدل النفس فلا
حق للعبد بها في نفس الاخر بعد ارتفاع الزوجية بالموت بخلاف التركة لانها ... ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ورث امرأة من
دية زوجها والدية تركه ولذا تقضى ديونه وتنفذ وصاياه فيستحقها على فرائض الله تعالى فيستحقها الزوج والزوجة
كذا في البزازية ويجب تضمنه اي القاتل قيمة جمل صال عليه اي قصد اهلاكه فقتله وقال الشافعي رحمه الله لا ضمان عليه وهو
الاكل ... كذا في العيون لانه قتله لدفع الهلاك عن نفسه فلا يضمنه كما لو صال انسان في السيف على انسان فقتله ولنا انه
تعرض ... الضمان ... الا ان الصائل ... بحال المخمصة شاة القصاب فقئت عينها ففيها
نقصها وفي عين بقرة الجزار وعين جزورة ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس يجب ربع القيمة وقال الشافعي

يضمن النقصان في جميع ذلك فيتقدر بنقصان المالية واصحابنا لهم انهم احتجوا بما روى جابر بن زيد عن ابيه عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه اوجب الربع وهكذا روى عن عمر رضي الله عنه وترك القياس في الجزور بالاثار ولان المقصود من الشاة اللحم
وانه لا يوجب نقصانا فاحشا واما المقصود من الجزور والبقرة الركوب والحمل والحراثة وذلك انما يحصل بالعينين فقوام
فيكون نصفها بدلا بمقابلة العينين فاذا فات احديهما يجب الربع ذكره في شرح الجامع الصغير لقاضي خان الجزور من الابل
يقع على الذكر والانثى كذا في الصحاح بخلاف ما اذا قطع ضرع الدابة فانه يضمن جميع قيمتها هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله
لان ذلك تفويت منفعة الاستعمال اصلا فجعل ذلك استهلاكا ولو ضرب مجاجته عرج فهو كالقطع كذا في البزازية **فصل**
في جناية العبد والجناية عليه اذا جنى العبد خطاء فان شاء مولاه دفعه اولا الى الولي اي الى ولي الجناية فظهر ان الدفع اصل
والفداء فرع عليه وعندنا ان الفرع والشافعي رحمه الله في رواية خير المولى بين ان يدفعها الى وليها وبين فدائها دية فصل
ثمنه شيء يدفعها الى وليها انه موسر ولو امتنع وليها من قبول فيبيعها ويدفع ثمنها اليه كذا في العيون فيملكه الولي
العبد او الا اي ان لم يدفعه اختار فداءه الكائنه اي ارش الجناية سواء كان الجناية على حر او على عبد في النفس او فيما دونها
قال اكثر ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال اذا جنى العبد فمولاه ان شاء دفعه وان شاء فداه لان الاصل في الخطاء ان تجب
على العاقلة تخفيفا على المخطي ولا عاقلة للعبد الا مولاه لانه هو المستنصر به بخلاف الذمي فان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم
فلا عاقلة فيجب في الذمة صيانة عن اهدار الدم وانما لم يلزمه المال حتما لان واحدا منا لا ينقد على ذلك فيتخير بين الدفع والفداء
تخفيفا له لكن الدفع هو الاصل في الاصح قال والاصل اشارة الى هذا ولهذا يسقط بموت العبد قبل اختياره الفداء واما بعد انه
فالحق انتقل الى ذمة المولى فلا يسقط حالا اي كل من الدفع والفداء يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان لا يصح
للتحصيل والعين حاصل واما الفداء فلانه بدل عن العبد شرعا او البدل في الاحكام واياهما فعل المولى فلا شيء لولي الجناية غيره
وان جنى العبد ثانيا بعد ما فداه المولى عاد الحكم اي يخير المولى بين الدفع الى ولي الجناية الثانية والفداء لان الجناية الاولى بالفداء
صارت كان لم تكن وهذه جناية مبتدأة وكذلك الحكم في الثالث والرابع او جنى العبد جناية اكثر من جناية واحدة قبل الفداء خير
المولى بين دفعه الى الاولياء فيقتسمونه اي العبد المدفوع بقدر حقوقهم اي بقدر اروش جناياتهم حتى لو قتل انسانا وفقأ عين آخر
جعل العبد اثلاثا لان ارش العين نصف دية النفس فلانه بارش جناياتهم جميعا لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق
الثانية كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يكن مانعا من تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى بعدم المنع ولو اعتق المولى
عبده الجاني او باعه المجني عليه او غيره او وهبه من غير المجني عليه لا يكون مختارا للفداء لان حقه كان في اخذه بغير عوض وهو
حاصل في الهبة دون البيع او دبره او استولدها المولى اي الجانية قبل العلم بها اي بجناية عبده وامته ضمن الاقل من القيمة والارش
لان الاصل فيه كان الدفع فلما تعذر بسبب عتق المولى وجبت القيمة عليه فاذا كان الارش اكثر لا يلزمه الا القيمة لان المنع
من المولى وجبت القيمة عليه فاذا كان الارش اكثر لا يلزمه لم يوجد في اكثر منها واذا كانت القيمة اكثر لا يلزمه الا الارش لفواته

في اكثر منه ولا فائدة في التخيير بين الاقل والاكثر اذ الجنس متحد وانما لم يصر المولى بهذه التصرفات مختارا للفداء لان
الاختيار انما يكون بعد العلم وقال الائمة الثلاثة في قول وفي رواية ومالك رحمهم الله ضمن الارش او بعده اي لو تصرف فيه بما ذكر
من الاعتاق وغيره بعد العلم بالجناية ضمن الارش بالاجماع لان فوت الدفع باعتاقه فصار مختارا للفداء ولو باع بشرط
الخيار للبايع لا يصير مختارا بخلاف البيع بشرط الخيار للمشتري فانه يصير مختارا بعد العلم بها وقبل العلم ضمن الاقل
كما مر ولو جنى المأذون المديون خطأ فحرره سيده عن العلم بها لزمه قيمة لرب الدين وقيمة اخرى لولي الجناية اذ من مديونه تبيعه
مع ولد الدين ولو جنت فولدت لم يدفع الولد بالاجماع كذا في العيون لان الملك لا يزول ولو باع بيعا فاسدا لا يصير مختارا
الا بالتسليم الى المشتري ومن ما يجعله مختارا اي المولى بالاجارة اي باجارة العبد الجاني والرهن والعرض على البيع
والاقرار اي اقراره بانه لغيره بعدها اي بعد العلم بالجناية مختارا للفداء فهو على خياره ان شاء دفعه وان شاء فداه
وقال زفر رحمه الله يصير مختارا لان هذه الاشياء تدل على اختياره امساك العبد ولنا ان الدفع في هذه الصور ممكن اما
في العرض فظاهر واما في غيره فيفسخ الاجارة وفك الرهن وفي الاقرار بان يكذبه المقر له وان صدقه فيه يخير المقر له لان الجاني
عبده ولو علق عتقه بقتل زيد فقتله العبد زيد خطأ نحن جعلناه اي المولى مختارا له اي الفداء وهو قول الثلاثة
كذا في العيون ونحن ألزمناه اي المولى الدية لا القيمة نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال لا يصير مختارا للفداء بل يلزمه القيمة
لان العبد وقت تعليق المولى لم يكن جانيا وبعد ما جنى فلم يوجد من المولى فعل ليصير به مختارا للفداء الا يرى لو علق
طلاقا او عتاقا بالشرط ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ولو وجد الشرط لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا ان المعلق بالشرط
ينزل عند وجود الشرط منزلة المرسل فصار كما اذا اعتقه بعد العلم بالجناية والمكاتب اي اختار اي فداء ارش عبده الجاني
ولم يكن له مال يؤديه منه لا يجبر على الدفع عند ابي حنيفة رحمه الله فعليه الارش وقالا عليه دفع العبد لانه لما اختار الفداء انتقل
الحق من الدفع اليه كالحوالة فاذا توى ما عليه بافلاسه عاد الى العبد وله ان المولى لو كان اختار الدفع تعين فكذا اذا
اختار الفداء لان الواجب احدهما لكن المولى ذو عسرة فللمولى نظرة الى الميسرة وهذه من فروع اختلافهم في تحقق
الافلاس وعدمه فعندهما يتحقق الافلاس بتفليس القاضي قبل الموت وعنده لا يتحقق بتفليسه الا بعد الموت ولو جنى
مكاتب فلم يقض بشيء اي لم يقض لها بالقيمة للاول حتى جنى جناية اخرى نحن اوجبنا قيمة واحدة لولي الجنايتين
الا تثنية نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يلزمه قيمتان لكل جناية قيمة ولو قضى للاول بالقيمة يلزمه قيمة اخرى بالاجماع
ونحن ألزمنا مولى المدبر قيمة واحدة وعلم جناية العبد او لم يعلم سواء كان قبل القضاء او بعده وسواء كان جناية
جنايتين او جنايات بين جنايات وقال زفر رحمه الله عليه قيمتان ايضا او اكثر بحسب الجنايات وجبت دينا في ذمة المولى
لتعذر الدفع بالكتابة والتدبير فيلزمه قيمة اخرى بالجناية الثانية لعدم التضايق في الوجوب في الذمة كما لو قضى للاول
ثم جنى ثانيا ولنا ان الاصل في جنايات العبد الدفع الا انه منع منه الانتقال والمانع في المسألة الاولى ... قبل القضاء

لجواز ان يعجز المكاتب فيرد بدفع المولى واما بعد القضاء فالياس حاصل للتنقل الموجب لا صلى الى القيمة بالقضاء ولهذا لو عجز
بعد القضاء لا يرد فهي كالعبد المبيع لهذا لا ينتقض البيع الا بقضاء القاضي في هذه المسئلة الثانية المانع تعذر وقوفها في القيمة من غير
توقف وينبغي ان يكون هذا الخلاف في ام الولد بعين هذا الدليل كما هو قولهما ان فع وكذا في ... فيتقدم [illegible] كذا في المبسوط
ولو قتل المدبر رجلا خطاء وقتل رجلا اخر عمدا فعفى احد وليي العمد واتلف نصيب الاخر والارض المولى قيمة المدبر فقيمته مقسومة عند
ابي حنيفة بين ولي الخطاء وولي العمد الذي لم يعف اثلاثا بطريق المضاربة فاعطى القاسم ثلثين لولي الجناية الاولى وثلثا الشريك العافي
لان حق ولي الخطاء في كل القيمة وحق غير العافي في النصف فيجعل كل نصف منهما فصار حق ولي الخطاء في سهمين وحق غير
العافي في سهم وقالا يقسم القيمة ارباعا بينهما بطريق المنازعة لولي الخطاء ثلثة ارباعها وربعها لشريك العافي لان النصف سلم
لولي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما ويضمن المولى في المدبر وام الولد اذا صدر منهما
جناية الاقل من قيمتهما ومن في الارش لما ان عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وهو امير الشام بمحضر من الصحابة
من غير نكير وانما لزمه الاقل لما بينا قريبا وقال الشافعي رحمه الله في المدبر كالقن لكن المولى لو اختار الفداء
يتقدر بارش الجناية بالغا ما بلغ وفي رواية عنه مثل قولنا وعند مالك رحمه الله يدفع المدبر فيخدم بعد ارشها او
يفديه خدمته كذا في العيون فان عاد المدبر فجنى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء شاركه ولي الثانية
ولا سبيل له على المولى فيكون القيمة بينهما نصفين ويعتبر لكل منهما في يوم الجناية حتى لو كانت قيمته وقت الجناية الاولى
الف ووقت الجناية الثانية الفان ووقت الجناية الثالثة خمسمائة لم يجب على المولى الا الف درهم لانه جنى على الاوسط
وقيمته الفان فيكون لولي الاوسط الف منها لا يشاركه فيه احد لان ولي الاول لا حق له فيما زاد على الف وانما حقه في
قيمته يوم جنى وهو الف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة ثم يقسم خمسمائة من الالف الاولى بين الاول والاوسط
اذ لا حق للثالث فيها لنقصان قيمتها وقت الثالثة فبقي من قيمته خمسمائة يقسم بين الثلثة لاستوائهم فيها كذا في الكافي
او دفع المولى قيمته بغير ما اي بغير قضاء فالثاني اي ولي الثاني بالخيار رجع على الولي الاول او على المولى ثم يرجع المولى عليه اي
على الاول عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى سواء دفع القيمة بقضاء او بغيره لان المولى لما دفع القيمة الى الاول حكم
دفع كل الحق الى مستحقه لان الجناية الثانية لم يكن موجودة حينئذ فلم يبق عليه شيء فصار كما لو دفع بقضاء القاضي وكذا
في ام الولد لان الاستيلاد يمنع الدفع كالمدبر وله ان حق ولي الجناية متعلقة بالقيمة لتعذر الدفع فاذا دفع
المولى بغير قضاء فقد سلم الى الاول ما تعلق به حق الثاني فلزمه ان يضمن المولى ما دفع حصة الغير مستحقه ولانه يضمن الاول
ظلما واما اذا دفعها بقضاء فقد انتفى عنه بغير اختياره فلم يلزمه ضمانها بالاجماع وجناية العبد المغصوب الموجبة للمال
بان قتل خطاء او اتلف مال مولاه على مولاه معتبرة عند ابي حنيفة رحمه الله فيجب على الغاصب للمالك الاقل من قيمة الجاني ومن الارش
الجناية اي من قيمته وقيمة ما اتلف من المال وبقي المغصوب مقدرا على المالك وعندهما هدر لان ملك المولى باق في المغصوب ولو اعتبر

جنايته في حقه لزم ان يكون المولى دافعا للعبد او قيمته الى نفسه ولان يكون متملكا ومملكا وهما متنافيان ولان الغاصب
جعل كالمالك والمالك كالاجنبي في حق المغصوب كما اذا جنى العبد على اجنبي فرضي باخذ ما هو الاقل منهما من الغاصب وطلب
الدفع من المولى فان على الغاصب ان يؤدي الاقل منهما اليه ويطهر العبد عن الجناية فكذا المولى يطالبه بما هو الاقل ولان التملك
المتملك هو المالك والمملك هو الغاصب لكونه مامورا بدفع الاقل من قيمته ومن الارش لا يتحرز عن دفعه لعدم الفائدة فيه فتعين الاقل
كما في المدبر ولو كانت جناية موجبة للقود فمعتبرة بالاجماع فيقتل العبد قصاصا وجناية المغصوب على الغاصب او على ماله
هدر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا معتبرة لان ملك المولى قائمة فيه والغاصب اجنبي حقيقة وحكما فيؤمر المولى بالدفع او الفداء
وله ان الغاصب مالك حكما فلا يعتبر جنايته عليه كما لا يعتبر على مالكه حقيقة وحكما ولو قتل المغصوب رجلا عند الغاصب خطاء فرده
الغاصب العبد المغصوب الى المولى فقتل رجلا اخر عند المولى خطاء ايضا فاختار دفعه دفعه الى وليي الجنايتين لاستوائهما فدفعه
فاقتسماه بينهما ورجع المولى على الغاصب بنصف قيمته اي قيمة العبد الذي دفعه الى ولي الجناية الاولى لانه جنى في ضمان الغاصب
امر محمد رحمه الله المالك بتملكه بان يتملك المولى النصف الاول ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى وهو قولهما الثلثة كذا في العيون لان النصف
الذي اخذه المولى من الغاصب بدل نصف العبد الذي وصل الى ولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك واحد وامراه بدفعه اي بدفع المولى ما رجع على الغاصب من النصف الى ولي الجناية الاولى وبالرجوع اي برجوع المولى
على الغاصب ثانيا بذلك اي بنصف قيمته لان ما يكون ذلك النصف للمولى لان ولي الجناية الاولى كان مستحقا لجميع العبد لانه
المزاحم وصل اليه نصف العبد ووجد في يد المولى نصف العبد فارغا وهو نصف القيمة الذي اخذه من الغاصب فياخذه ليتكمل
حقه واما اجتماع البدلين فما اخذه المولى من الغاصب اولا بدلا عن الوقوع بجناية عند الغاصب وما اخذه ثانيا بدل عن القتل
في حق ولي الجناية الاولى ولا يمتنع كون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق شخص وبدلا عن شيء اخر في حق غيره كمن باع خمرا
وقضى ثمنه دينا لمسلم عليه فانه يجوز فالماخوذ بدل الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم واذا اخذ منه يرجع المولى
على الغاصب لانه استحق بسبب كان في يد الغاصب ولو جنى عند مولاه ثم غصب غاصب فجنى عنده جناية اخرى ثم رد الغاصب الى مولاه
فدفعه مولاه الى وليي الجنايتين ورجع المولى بنصف قيمته الى الغاصب لا يدفعه ثانيا بالاجماع الى ولي الجناية الاولى كذا في العيون
ولو اشترى عبدا فقتل اي قتل انسانا قبل القبض عمدا فان امضاه اي اجاز المشتري البيع فله اي للمشتري القصاص
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه هو المالك حقيقة وان فسخ البيع فهو اي القصاص للبايع عنده لان العبد عاد الى ملكه وقيل يجب
ابو يوسف رحمه الله القيمة للبايع في الفسخ على القاتل فوافق ابو يوسف ابا حنيفة رحمهما الله في الامضاء وانما وجبت على القاتل
لانه حين الجناية لم يكن ملكا للبايع فصارت شبهة مسقطة للقصاص واوجبها محمد رحمه الله القيمة في الحالين في حال الامضاء والفسخ
لان المشتري لم يكن متعينا للاستيفاء لاحتمال الاجازة ونقضه فيسقط شبهة للولي ومن قتل عبدا خطاء كان قيمته
على العاقلة اي على عاقلة القاتل لانه انقضى حال اهل العهد والنص الوارد في ديتهم لا يكون واردا في قيمة العبيد فيقدر بالقيمة

لانها اعدل ولا يزاد قيمته اى قيمة العبد فى لزوم دية على عشرة الاف درهم كما لا يزاد دية الحر فيوخذ لدية عشرة الاف درهم
الا عشرة فاذا كانت قيمة عشرة الاف درهم ينتقص عنها عشرة دراهم خطا لحط رتبة العبد عن الحر وتعين النقص
بعشرة مروى عن ابن عباس رضى الله عنه وفى الامة لا يزاد على خمسة الاف الا عشرة فاذا كانت قيمة الامة القتيلة ازيد
من دية الحرة ينقص نحمسة الاف درهم فيوخذ لديتها خمسة الاف درهم الا عشرة دراهم ويوجبها ابو يوسف رحمه الله قيمة العبد
وقيمة الامة فى ذا اى مال الجانى بالغة ما بلغت وهو قول الشافعى رحمه الله وعن على وابن عمر رضى الله عنهما مثل مذهبه كالمغصوب
اى كما لو غصب عبدا قيمته ازيد من الدية وهلك فى يده يجب قيمته بالغة ما بلغت على الغاصب بالاجماع وقالا يجب عشرة
الاف لان قوله تعالى فدية مسلمة الى اهله مطلق وهى اسم لما يجب فى مقابلة الآدمية ولان فى العبد معنى الادمية
لهذا كان مكلفا وفى القتل آدمية اولى بالاعتبار من ماليته ولهذا يقتص ممن قتله عمدا والقصاص لا يجب بالاتلاف فى
المالى والواجب بينهما ضمان النفس وضمان نفس الحر لا يزاد على عشرة الاف درهم فاولى ان لا يزاد فى العبد مع نقصانه عنه
واما فى الغصب فانما وجب قيمته بالغة ما بلغت لانه ورد على ماليته لا على آدميته ويقدر من القيمة الارش لطراف العبد
ما يقدر من الدية فى ارش اطراف الحر من النصف والربع وغيرهما على ما فصل لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلا
يزاد فى دية العبد على خمسة الاف درهم الا خمسة لان الواجب فى نفس العبد كان عشرة الف الا عشرة واليد نصف الادمى
فيجب فيها نصف ما يجب فى النفس من القيمة الا خمسة ويجب طرف ضمان العبد ويجب مال الجانى لا على العاقلة بالاجماع لان
النفس ضمانه ضمان الاموال بالاجماع ولهذا قال ابو يوسف فى قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله ان ضمانه لا يقدر بالدية بل يجب
حكومة العدل فلا يجب على العاقلة لان العبد مال من وجه فبالاعتبار الاول وجب ضمانه فى ماله لان ضمان المال لا يكون على
العاقلة وباعتبار الثانى قدر ضمانها بضمان النفس وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله انه سوى بين ما يقصد به الزينة
و بين ما يقصد به المنفعة فى انه مقدر وروى ابو يوسف رحمه الله عنه انه فرق بين ما يقصد به المنفعة وبين ما يقصد به
الزينة لان المقصود هو المنفعة فيحصل ضمان المقصود مقدرا لا غير وطرف العبد هو كما ولى ان يوخذ حكم الاموال

فصل فى القسامة وهى مصدر اقسم قسامة سمى بها لان مبناها على الايمان فى الدم وهى مشروعة بالاجماع وفى
وجد قتيل فى محلة وبه اثر اى اثر جراحة او اثر ضرب او خنق فاذا لم يكن اثر يكون ميتا حتف انفه فلا يكون قتيلا عرفا
او كان الدم يسيل من عينه او اذنه وان خرج الدم من فمه او دبره او ذكره لا قسامة فيه لان الدم من هذه الاعضاء يخرج عادة
من الميت فلا يدل على انه اثر فعل القاتل واما الدم من العين والاذن فلا يخرج عادة فدل على انه اثر فعل او وجد
بدنه اى بدن القتيل فى محلة او اكثره اى اكثر البدن سواء كان معه راس او لا او نصفه مع الراس ولو وجد اقل البدن
او النصف بلا راس او الراس وحده لا يكون فى حكم القتيل عرف هذا بالنقل ونصفه مشقوقا طولا فانه لا قسامة فيه ولا دية
ولو جرح فى قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش فالقسامة والدية على القبيلة وان لم يكن صاحب

القرشى فلا ضمان وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فى الوجهين جميعا كذا فى الينابيع ولا يعلم قاتله ولو كان القاتل معلوما تعلق
الحق به وسقط القسامة وادعى عليه اى ولى القتيل قتله على اهلها اى على جميع اهل المحلة فشرط دعوى الولى لان الحق له
او على بعضهم عمدا او خطاء ولا بينة له على القاتل ولو كان له بينة على قتلهم او على واحد بعينه فلا قسامة عليهم يختار
ولية منهم خمسين رجلا وتعيين الخمسين من اهلها الى ولى القتيل والحصر بهذا العدد ثبت بالسنة احرارا بالغين عقلاء
لان اليمين انما يكون على اهل النصرة والمرأة والعبد والصبى والمجنون ليسوا من اهلها وعند الشافعى رحمه الله على المرأة
قسامة وعند مالك فى الخطاء لا العمد كذا فى العيون وروى محمد عن ابى حنيفة رحمه الله فى قتيل وجد فى قرية لامرأة ليس فيها
غيرها انه يستحلف ويكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها من انسب من اقرب القبائل اليها وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف
القسامة على اقرب القبائل اليها كذا فى الينابيع يحلفون بالله ما قتلناه ولا عرفنا قاتله فيحلف كل واحد منهم ويقول فى
ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا لا يعنى ما قتلناه ما يصدر عنا القتل الموجب للقصاص او الدية لا سيما اذا انضم اليه ولا علمنا
له قاتلا فيجب فى يمينه فلا يجوز له ان يحترز فى يمينه بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا لا يعنى جميعا ويقتل وحده فمتى كان قتله
مع غيره يحنث فى يمينه فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب الكفارة على كل واحد منهم
ويجب القصاص فلا احتياج الى ذكر فى التحفة يحلف كل واحد منهم ما قتلته وعلمت له قاتلا او انما انضم اليه ولا علمنا له قاتلا
منه القائم يعلمون قاتلا لانه اما اذا علموا فاستثنوا فى ايمانهم ثم يقضى عليهم اى على قاتلهم كذا فى شرح المص بالدية هذا القول
لم يكن موضع وجود القتيل ملكا لواحد منهم بعينه اما اذا كان فالقسامة عليه والقسامة على عاقلته فاذا حلفوا قضى
على اهل المحلة بالدية فى ثلث سنين عمدا كان او خطاء مكذا ذكر فى الهداية فهذا صريح بعدم الفرق بين العمد والخطاء
فى حكم الدية عليهم اى على عاقلتهم والظاهر ان حكم الدية على عاقلتهم كما صرح المص فى شرحه اكتفى باعتمادها فى اثناء المسائل
فيما بعده وفى ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عاقلتهم وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله فى قول
ابى يوسف رحمه الله القسامة والدية على عاقلة اهل المحلة قياسا لاحد الموجبين على الاخر وعلى قول ابى يوسف رحمه الله القسامة
على العاقلة لان التحمل يجرى فى الدية ولا يجرى فى اليمين وتكرر اليمين ان نقصوا اى نقص عدد الرجال من
الخمسين يختار الصالحين للتكرار ليحصل العدد المسنون فيها وان كان عدد الرجال اكثر من ذلك يختار الولى الصالحين
من اهل المحلة وفائدة التخيير انه يحلف من يتهمه من اهل المحلة بقتله ولو كمل العدد واراد الولى ان يكرر اليمين على البعض
ويترك البعض فقد روى عن محمد رحمه الله ليس له ذلك لان المصير الى التكرار انما كان لضرورة كمال العدد فلا تشرع مع كماله ولا يحلف الاعمى
والمحدود فى القذف فى القسامة لانهما من اهل اليمين وان لم يكونا من اهل الشهادة وثمرة الخلاف لو قال الولى انما احلف
ان قتله واخذ منكم الدية فانه ليس للقاضى ان ذلك عندنا معتبر له ان يحلف خمسين يمينا يقضى عليهم بالدية فان نكلوا
عن اليمين حبسوا ليقروا بالقتل عمدا او خطاء او يحلفوا وحكم ابو يوسف رحمه الله بها اى بالدية لنكولهم وهو قول الشافعى

اعتبارا بالحقوق في الاموال ونحن لا نبتدئ بيمين الولي وقال الشافعي رحمه الله في العمد يبتدأ بيمين الولي فيحلف
خمسين يمينا على ان اهل المحلة قتلوه اذا كان مع المقتول لوث وهو علامة بها يقع في القلب صدق المدعي من اثر
الدم على ثياب احد من اهل المحلة من المدعى عليه او ثبوت عداوة بين القتيل واهل المحلة عمدا كانت الدعوى او خطأ
او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه فيحكم له بها اي بالدية كانت الدعوى ان حلف الولي خمسين يمينا
وعليهم الدية ان نكلوا اي نكل اهل المحلة الذين يحلفون بايمان بعد ان نكل ولي القتيل عنها فان اليمين يتوجه الى اهل المحلة
بعد نكول الولي عن اليمين عنده وهو قول مالك ولم يعين رحمه الله في الخطأ فاذا لم يكن هو لوث يكون مذهبه كمذهبنا غير انه
لا يكرر اليمين على اهل المحلة كذا في النوازل بل يرد اليمين على الولي كذا في الهداية ويحكم بالبراءة عن الدية ان حلفوا وان نكلوا عليهم
فالحاصل ان خلاف الشافعي رحمه الله في ثلثة مواضع احدها ان المدعي يحلف عنده لان اليمين على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على المدعى
عليه لان ظاهر البراءة شاهد له والظاهر ههنا يشهد للمدعي عليه عند قيام اللوث ولكن يسقط القصاص في العمد بشبهة
في هذه الحجة والثاني ان اهل المحلة يبرؤن باليمين عن الدية في دعوى العمد والخطأ والثالث لا يكرر اليمين عليهم بل يكتفي
بالمرة قوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى
عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولانه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل وقصته ان عبد الله بن جشم عبد الله بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا الى التجارة الى خيبر وتفرقوا
لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر يتشحط في دمه فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد
عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما
واخبر بذلك قال من تتهمون قالوا اتهم اليهود فقال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون
ما حلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم نشاهد فكره رسول الله
ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة وذكر الزهري عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله
صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار في جب اليهود وذكر الحديث الى ان قال عليه السلام فالزم اليهود الدية وفي رواية كتب
الى اهل خيبر ان تدوه او يأذنوا بحرب من الله ورسوله وذكر الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل
فانزل الله الى موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فسل الله تعالى مثل ذلك فكتب عليه السلام اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا
فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس يعني بالوحي كذا في شرح المبسوط
وكذلك جمع بينهما في حديث زياد بن مريم وبعد اليمين فقال ولي القتيل وليس يجزي من اخي الا هذا فقال عليه السلام ومائة من الابل
وكذلك جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة فقال الحارث بن الازمع الوادعي يا امير المؤمنين لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا

تدفع عن ايماننا فقال حقنتم دماءكم بايمانكم واغرمكم الدية بوجود القتيل بين اظهركم وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود
بايمانها محمول على الابراء عن القصاص في العمد والحبس في الخطأ وكذا اليمين مبرئ عما وجب اليمين والقسامة ما شرعت
لتجب الدية لما نكلوا بل ليظهر القصاص في وجوب العمد او وجب لتقصيرهم في المحافظة على ما عرف في دعوى الخطأ والتحرز لهم
عن الايمان الكاذبة فاذا حلفوا خلصت البراءة عن القصاص والحبس عن تقصيرهم المحافظة في الخطأ ثم وجبت الدية بالقتيل الموجود
بين اظهركم لا بنكولهم ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحق لذاته تعظيما لامر الدم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا
يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا يسقط
اليمين ببذل الدية لما مر وايمتنا والشافعي رحمه الله في القول الجديد لا تحكموا الا القود اي لولي القتيل بالقصاص اذا ادعى
عمدا على المدعي عليه واحدا كان او جماعة وحلف الولي مع اللوث وقال مالك رحمه الله القصاص اذا وجد قتيل في محلة وبه لوث
وحلف الولي خمسين يمينا وهو قول احمد والشافعي رحمهما الله في القديم وقول احمد رحمه الله كذا في النوازل وقدم تفسير اللوث
ونكول المدعى عليه عن اليمين وقال في العيون وقال مالك واحمد والشافعي رحمهم الله في القديم يقتص المدعى عليه واحدا او جماعة في العمد
بالنكول ولو حلفوا برئوا من الدية والقود والظاهر ان هذا الكلام يوجد لوث اذ به لو حلف الولي خمسين يمينا يحكم
بالقود في العمد ولم يوجد رواية عنهم ابتداء بيمين اهل المحلة بعد وجود اللوث حتى يحكم بالقود بنكولهم عن اليمين ولنا
انه عليه السلام قال لاولياء القتيل الذي وجد في قليب من قلب خيبر اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر
لم نعاينه ولنا ان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق فاذا لم يستحق بيمينه المال فاولى ان لا يستحق بها النفس المحرمة
والاستفهام محمول على الانكار وان ادعى الولي على غيرهم اي على غير اهل المحلة سقطت القسامة عنهم اي عن اهل المحلة لا
غيرهم صار وليه على غيرهم لا على واحد منهم اي لا يسقط القسامة اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة لان ايجاب القسامة عليهم
دليل على كون القاتل منهم فتعيين واحد منهم لا ينافيه فصار كانهم قتلوا بتقدير حيث لم يمنعوا الظالم عن قتله وسئل محمد رحمه الله عن رجل
وجد قتيلا في ارض رجل الى جنب قرية وليس صاحب الارض من اهل قرية قال هو على صاحب الارض وشهادتهم اي شهادة اهل
المحلة او واحد منهم لولي القتيل على من ادعى عليه القتل سواء كان منهم او من غيرهم مردودة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا مقبولة
وهو قول الثلثة كذا في العيون اذا ادعى على غيرهم لانه بادعائه على غيرهم برئوا من التهمة فتقبل وله انهم خصوم كانت تتوجه عليهم
فلا تقبل شهادتهم لجواز انهم تواضعوا على ذلك بان كانت بين الولي والمدعى عليه عداوة وان خرجوا عن الخصومة كالوكيل بالخصومة
اذا شهد بعد العزل والوصي شهد بعد الخروج عن الوصية او قال الذي يستحلف الذي طلب منه اليمين قتله فلان استثناء في
استحلف بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا غير فلان واذا وجد القتيل على دابة كانت الدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة لانه
في يده وكان كالموجود في داره وكذا الحكم في القائد ان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب فالدية على عاقلتهم ولا يشترط
ان يكونوا مالكين للدابة وعند الثلثة على مالكها لو وجد لوث منا كذا في العيون وان لم يكن ساكنا فيها او وجد القتيل بين قريتين

كانت القسامة ولم يكن موضع الوجود مملوكا لاحد على ما قرى من الحديث ابى سعيد الخدرى رضى الله عنه ان قتيلا وجد بين قريتين
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بان يمسح بينهما فوجد احد القريتين اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وعن عمر رضى الله عنه
انه كتب اليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة
هذا اذا لم يكن محل وجود القتيل مملوكا لاحد ولو كان كذلك يكون القسامة والدية عليه وان وجد فى عسكر نزلوا فى فلاة من الارض
ليست مملوكة لاحد او وجد فى خباء او فسطاط فالقسامة على ساكنها والدية على عاقلتهم فان وجد خارج الخباء والفسطاط
على اقرب الاخبية والفسطاط وان وجد بين الخيم فهو على جماعتهم كما اذا وجد فى المحلة وان كان للارض مالك فالقسامة
على مالك الارض عند ابى حنيفة رحمه الله والعسكر كالساكن فيها كذا فى الينابيع قيل هذا اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت لانه
اذا كان بهذه المثابة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا اما اذا كان بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شىء عليهم هكذا افتى الكرخى
والاولى للمجتهد فى هذا الحكم ويكتفى بما ذكر فى المبسوط وهو ان يكون ثمة احد يتدبير تلك البقعة وتدبيرها فيحفظونها
لرعى مواشيهم ويعيشون فيها ولا يحمى فى كلاء المرعى بغير رضاهم او وجد فى دار انسان كانت القسامة عليه
فيكرر عليه الايمان لان الدار فى يده وحفظها اليه والدية على عاقلته لان نصرته وقوته بهم وعند مالك رحمه الله لا قسامة
ولا دية كذا فى العيون هذا اذا اقروا ان الدار له وان انكروا فلا يعقلون حتى يشهد الشهود انها ملكه وعند ابن ابى ليلى
ولو شهدوا يعقلون بلا شهود كذا فى العيون وشارك ابو يوسف رحمه الله بين السكان جميع ساكن والملاك جميع
فى القسامة والدية وهو قول الثلثة كذا فى العيون لاشتراكهم فى التزام الحفظ ووجود القتيل بينهم ولو خرجا السكان الى
ما يكون من الغنم وهو الشفعة مختصة بالملاك والسكان ينتقلون من محلة الى محلة فلا يلتزمون الحفظ وهى اى القسامة
على اهل الخطة عند ابى حنيفة رحمه الله اى على الملاك القدماء دون المشترين والخطة ماخوذ من الخط الذى خط السلطان وبقى لكل
من عسكر المكان ولو بقى واحد منهم اى لو بقى من اهل الخطة واحد كانت القسامة عليه دون المشترى
وان لم يبق واحد منهم فالقسامة على المشترين وان لم يبق واحد منهم فالقسامة على المشترين بالاجماع لعدم المزاحم
وشاركا بينهم وقالا القسامة مشتركة بين اهل الخطة والمشترين لان وجوب الضمان يعتمد التقصير وهم فيه سواء
وله ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة فكان هو المختص بالقسامة والدية فلا يزاحمه المشترى قيل بنى ابو حنيفة رحمه الله
الحكم على ما شاهد بالكوفة من تدبير اهل الخطة امر المحلة وان وجد القتيل فى دار بيعت قبل القبض فهى اى الدية على
عاقلة البائع يعنى اى الدية فى بيع مطلقا سواء كان البيع باتا او بالخيار عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان كان البيع باتا فعلى عاقلة
المشترى والا فعلى عاقلة من يصير له اى فعلى عاقلة من يعتبر ملكا للدار عليه لان ولاية الحفظ فى الشرع للمالك فيعتبر عاقلته
وله ان القدرة على الحفظ انما يكون باليد لان المالك غير قادر بدون اليد وان وجد القتيل فى دار رهن وملكه فهى اى الدية
والدية على عاقلته اى عاقلة القتيل لورثته عند ابى حنيفة رحمه الله واحمد رحمه الله وقالا لا شىء عليهم لانها وجبت على الكل الدار او لان

القتيل وجب بها ثم انتقلت الى العاقلة ووجوبها له ممتنع وله ان القتيل الموجود فى الدار ولو كان غيره لكان الدية
على عاقلة المالك فكذا لو وجد المالك نفسه فى الحقائق ثم عنده انما يجب الدية على عاقلة القتيل اذا كان عاقلة القتيل
والوارث واحدا فان اختلف عواقلهما فينبغى ان يجب الدية على عاقلة الوارث لان الدار وقت وجوب الدية ملك للوارث
وهو الاصح ولو وجد المكاتب قتيلا فى دار نفسه لا يجب شىء بالاجماع او وجد القتيل فى دار امراة فى مصر ليس فيه غيرها
ابو يوسف رحمه الله اما القسامة مع الدية على عاقلتها وهى اقرب القبائل اليها فى النسب لانها ليست من اهل النصرة ظاهر وعن
محمد رحمه الله المراة بالقسامة فتكرر اليمين عليها خمسين مرة والعاقلة بالدية واختار المتاخرون فى هذه المسئلة ان تشارك
المراة العاقلة لانها قاتلة والقاتلة تشارك فى الدية لمحمد رحمه الله ان القسامة لنفى التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة
ولو كانت الدعوى عليها خاصة حلفت فكذا لو وجد فى دارها ولابى يوسف رحمه الله ان القسامة انما تجب على من هو اهل النصرة
وهى ليست من اهلها فصارت كالصبى بخلاف ما اذا كان الدعوى عليها خاصة لان تلك اليمين يمين الدعوى وهى
القسامة او وجد القتيل فى سفينة كانت القسامة على من فيها اى فى السفينة مطلقا سواء كان مالكها او ساكنها فيها
وهذا على قول ابى يوسف رحمه الله اظهر لان السكان يشتركون الملاك فى القسامة عنده واما على قولهما فالفرق ان السفينة
تنتقل وتحول فصار المعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة او وجد القتيل فى مسجد محلة فعلى اهلها اى القسامة على اهل
المحلة وان وجد فى دار وقف والارض موقوفة فان كان اربابها معلومين فالقسامة والدية عليهم وان كان المسجد على اهل
كما وجد فى المسجد كذا فى الينابيع لانهم اخص بتدبيره والقتيل فيه كالقتيل فى المحلة او وجد فى المسجد الجامع او الشارع
اى فى الطريق الاعظم وفى المغرب الشارع الطريق الذى يسوغ فيه الكل يعنى عامة مع الاسناد المجازى وانما اراد به ان يكون
نائيا عن المحال وان كان قريبا فيها فهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهلها وكذا السوق ان كانت
لو كان فيها من يسكنها فى الليل او كان لاحد داره مملوكة يكون القسامة والدية عليها لا نزل ذلك الموضع
بالتقصير فيجب ما وجب بالتقصير عليه كذا فى بعض شروح الهداية فلا قسامة لان الطريق للعامة ولا يختص به قوم فالتدبير
فى العامة وتجب الدية فى بيت المال وهو مال المسلمين وعند مالك رحمه الله دمه هدر كذا فى العيون وان وجد القتيل فى سوق العامة
او فى سوق السلطان فالدية على بيت المال ولا قسامة وان كان السوق مملوكا فعلى عاقلة صاحب الملك وان وجد فى السجن
فالقسامة على السكان فيه عند ابى يوسف رحمه الله وعندهما فى بيت المال او وجد القتيل فى وسط الفرات يمر به الماء كالبرية
اى كما اهدرنا الدية فى البرية البعيدة عن العمران والجامع فعدم اليد فيهما والثلثة يعتبرون اللوث بان يكون هناك واحد
عليه اثر دم كذا فى العيون ولو كان محتبسا بالشاطئ حيث يجب على اقرب القرى منه اى من ذلك المكان وقال الشافعى رحمه الله فيما وجد فى وسط
الفرات القسامة على اقرب القرى منه كما لو وجد محتبسا فى طرفه وفى ذكر الفرات اشارة الى ان الخلاف فى النهر العظيم لانه لو وجد
فى نهر صغير وهو الذى يستحق به الشفعة فالقسامة على اهلها بالاجماع وفى اثبات المتعلق من الطرفين فى المسالة اشارة الى ما قلنا

والفرق ان الموجود في الوسط جارح مع الماء ولا يدرى من اى مكان انتقل بخلاف المحبس لانه غير منتقل فاعتبر مكانه
وفي الحقايق موضع الخلاف اذا كان موضع البئر الماء في دار الشرك لو كان في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال

فصل

في المعاقل وهي جمع معقلة وهي الدية سميت بها لانها تعقل الدماء من ان تسفك وتجب على العاقلة وهم الذين يؤدون الدية
كل دية وجبت بنفس القتل كشبه العمد والخطاء والقتل في معنى العمد اجرى في الدية مجرى الخطاء باعتبار قصور الآلة وكذلك
في تحمل العاقلة لما روى ان عمر رضي الله عنه قضى في الخطاء بالدية على العاقلة من غير نكير من الصحابة رضي الله عنهم ونحن نحملهم
العاقلة اهل الديوان وهم الذين لهم رزق في بيت المال وفي زماننا هم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان ان كان
القاتل منهم لا اهل عشيرته نفى لقول الشافعي رحمه الله فانه قال العاقلة اهل العشيرة وهي العصبات وهو قول مالك واحمد
وعند الشافعي واحمد رحمهما الله في رواية على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع ويقسم على قومه بحسب ذلك وفي قول
يختار الحاكم منهم من شاء وعند مالك واحمد رحمهما الله في قول لا تقدير فيعمل بحسب الطاقة كذا في العيون لما روي ان الدية كانت
على العشيرة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه فرض العقل على اهل الديوان
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فانعقد الاجماع منهم على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قضى على العشيرة باعتبار
النصرة وعمر رضي الله عنه جعلها دون الديوان صارت النصرة بالديوان فان كان القاتل غازيا فعاقلته من يرزق من ديوانهم وان كان
كاتبا يرزق من ديوان الكتاب اذا كانوا يتناصرون فلا يكون نسخا اذ كان تناصرهم اليوم بالحرف فعاقلته اهل حرفته او
كان التناصر بالحلف فعاقلته حلفاؤه قال شمس الائمة الحلواني هذا فصل اختلف فيه المتأخرون قال بعضهم لا عاقلة للعجم
وهو قول الفقيه ابي بكر البلخي وابي جعفر الهندواني رحمهما الله لانهم لم يحفظوا انسابهم فلا يتناصرون فيما بينهم والعاقلة جاء في حق العرب
وقال بعضهم لهم عاقلة عند التناصر وهو اختيار شمس الائمة الحلواني وكثير من المشايخ رحمهم الله فتؤخذ من عطاياهم اي وظائفهم
في ثلث سنين من يوم القضاء المحكي عن عمر رضي الله عنه هكذا فان خرجت في كل سنة اخذ من الثلث وان خرجت في كل نصف
اخذ السدس وهو يؤخذ في كل شهر بحصته والحاصل انه يؤخذ في كل سنة ثلث الدية كيف ما خرج لان الارزاق لارباب الاعطاء
لا لصحابها او ان اوجبت جميع الدية في ثلث سنين فكل سنة ثلث منها يكون في سنة سواء خرجت عطاياهم في اقل من ثلث سنين
او اكثر لان وجوبها في العطاء للتخفيف فهو حاصل في اي وقت كان مثلا فكان العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء
حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرج جميع عطايا ثلث سنين مستقبلة
في سنة واحدة يؤخذ كل منها الدية والا اي وان لم يكن القاتل من اهل الديوان فعاقلته قبيلته وهي عصبته من النسب
اوجب الدية على عصبة القاتل ويضم اليها من غيرهم اقرب القبائل نسبا اليهم على ترتيب واقرب الرايات اليهم وذلك مفوض الى
راي الامام ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم وهذا هو الاصح المختار نص عليه محمد رحمه الله فذكره اي تحمل القبيلة بالدية تخفيفا
القاتل كاحدهم وعند الثلثة لا كذا في العيون فلا يزاد على القاتل من اربعة دراهم في ثلث سنين ومن لا عاقلة له ففي ظاهر الرواية

تجب في بيت المال واذا جنى يغرم له لان الغنم بالغرم وعن ابي حنيفة رحمه الله تجب الدية في ماله لان الاصل ان يجب على الجاني وعلى
العاقلة وهو اختيار عصام الا انا عدلنا عن الاصل تخفيفا عليه وبرفقه واذا لم يكن له عاقلة عاد الى الاصل ولا
يعقل صبي لانه ليس من اهل النصرة ولا امرأة بالاجماع لانها ليست من اهل النصرة ايضا ويدخل فيه الفقير
مالك في رواية كذا في العيون ولا كافر عن مسلم ولا بالعكس اي لا يعقل مسلم عن كافر لعدم التناصر فيجب في ماله في ثلث سنين ويعقل
قبيلة المولى عن المعتق يعني عاقلة المعتق قبيلة مولاه بالاجماع لان النصرة بهم وتعقل القبيلة اي يعقل قبيلة المولى والحليف
عن مولى الموالاة لوجود التناصر بعقد الولاء فعند الثلثة لا الا عند مالك لو كان عشيرة فعقله على قوم مولاه كذا في العيون
ولا يعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد وان جنى حر على عبد فهو على عاقلة الا عند مالك والشافعي رحمهما الله في مال الجاني وعن
ان في قول الشافعي كالمذهبين كذا في العيون ولا صلحا اي لا يؤدي العاقلة ما لزم بالصلح ولا ما لزم باعتراف الجاني الا ان يصدقوه
اي العاقلة المقر فاذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم برضاهم ولا يعقل العاقلة ما نقص اي كان ناقصا عن خمسمائة دينار
بل يكون في مال الجاني وعند مالك واحمد رحمهما الله ما دون ثلثها وعند الشافعي رحمه الله يعقل القليل والكثير كذا في العيون لنا ما
روي عن النبي عليه السلام موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا
ما دون ارش الموضحة وارشها نصف عشر الدية وخمسون دينارا

كتاب الحدود

وهي جمع حد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه من الدخول وحدود الدار موانع من وقوع الاشتراك واحدت المرأة
منعت نفسها وحدود الشرع موانع عن الاقدام على اسبابها وعقوبات مقدرة واجبة حقا لله تعالى ويدخل حد القذف لانه مقدر
حقا لله تعالى الا ان الدعوى شرط فيها ولا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاعلى
من شرع الانزجار بما يتضرر به العباد كاختلاط الانساب في اشتباهها واهلاك النفس اضاعة النسل لبقاء العالم
على نظام العدل اذا زنى رجل امرأة بان وطئها في القبل اي في فرجها الاقرب في غير ملك وشبهته اي شبهة الملك بان ظنها
امرأته او يظن حلها له فالحد يسقط بالشبهة بالنص وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وقيل اذا زنى مكلف في قبل
المشتهاة في غير ملك وشبهته من طوع وهو اولى لخروج وطي المجنونة ووطي الصغيرة الغير المشتهاة والميتة لان كلا من ذلك لا يوجب
الحد ويصرف المطلق الى الكامل اوجب خروج هذه الامور فشهد عليه او عليها اربعة رجال بالزنا لقوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ونحن نشترط اجتماعهم في مجلس واحد
حتى لو شهدوا متفرقين يحدون حد القذف وقال الشافعي رحمه الله يصح شهادتهم متفرقين لاطلاق النص فانه ناطق باشتراط
الاربع دون اتحاد المجلس فلا يتقيد كما في ساير الحقوق ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولانه
لو جاء واحد فشهد وحده فهو قاذف وكذا الثاني والثالث فلا يبطل قذفهم بشهادة الرابع فاذا جاؤا جملة لكن شهدوا واحدا بعد آخر قبل
لانه لا يمكن الشهادة جملة فيعتبر المجيء جملة على ان النص بمعنى قال الله تعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة

شهداء فذكر المجى والاتيان فسألهم الامام اذا شهدوا مجتمعين عن ماهيته بان يقولوا الزنا وكيفيته بان يقولوا
كيف زنى لاحتمال وقوعه حالة الاكراه او انهم يطلقون نظر العين زنا كما قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر
واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي ومكانه بان يقولوا اين زنى لاحتمال ان يكون الزنا
في دار الحرب وزمانه بان يقولوا متى زنى لاحتمال ان يكون في زمان متقدم اي في زمان الصبى والمزني بها بان يقولوا عمن زنى
لاحتمال ان يكون امته او امة ابنه او يكون لشبهة لا يعرفها الشهود كوطء جارية ابنه فبينوا اى الشهود وما سألهم الامام
وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم وعاء الكحل والدلو في البئر كما سأل عليه السلام عن ماعز حتى قرر
فقال في الاصل يحبس حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة ولا يجوز
في الحبس اخذ الكفالة بل الحبس بطريق التعزير لثبوت التهمة وعدلوا اى الشهود سرا وجهرا ثم لم يكتف بظاهر العدالة
كما اكتفى ابو حنيفة رحمه الله في سائر الحقوق احتيالا لدرء الحد وكيفية تعديلهم تأتي في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى قال
بعض العلماء لو قالوا تعمدنا النظر الى الموضع لا تقبل شهادتهم لاقرارهم على انفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير
بالتعمد فسق ولكنا نقول يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لانهم لم يروا كالميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا
وقد قال الله تعالى اقيموا الشهادة لله فاشبه الطبيب والقابلة او اقر به اى الزنا عند القاضي بصريح لفظه بان قال زنيت
وكذلك شهادتهم انما يعتبر اذا صرحوا بانه زنى حتى اذا شهدوا على انه جامعها او وطئها لا يحد عاقل بالغ حر صحو
الزنى على البينة والاقرار لان علم القاضي ليس بحجة في باب الحدود الخالصة وايضا وان فيه قال رحمه الله واعتبروا اى
الاقرار من ذمي بذمية اي بزنا بها وقال الكرخي رحمه الله يحد به لان قول الذمي لا يوجب على القاضي شيئا ولنا
انه اقر على نفسه لا تهمة فيه ووجوب الاقامة على القاضي بسبب تقلده القضاء لا بقول الذمي ولو ثبت زنى الذمي بالذمية
بالشهادة يحد بالاجماع وبالمسلمة على حال الاكراه موجب للقتل لانه نقض العهد عنده اربع مرات وهو ظرف لقوله اقر
في اربعة مجالسه سواء كانت اقاريره الاربعة في مجلس قبل ان يغيب او مجالس كل يوم او كل شهر فيصح اقراره ويقام عليه
الحد كذا في الينابيع وفي العيني كلما اقر رده عن المجلس حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء فيقول الرجل والمرأة لانه عليه السلام
طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ولو اقر الاخرس اربع مرات في كتاب كتبه او اشار بها فانه لا يحد وكذا لو شهدوا
عليه بالزنا لم يقبل شهادتهم والاعمى اذا اقر بالزنا اربع مرات حد وكذلك اذا شهد عليه الشهود وكذلك الخنثى والعنين كذا في الينابيع
من مجالسه اي مجالس المقر وعن محمد رحمه الله لا يشترط اختلاف مجالسهم كذا في العيني وانما شرطنا الاقرار اربع مجالس مختلفة
عند الامام تحقيقا للستر لان الله تعالى يحب اظهار الستر وندب اليه ونهى عن تشييع الفاحشة وقال عليه السلام من اصاب منكم
من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ونحن لا نكتفي بالمرة اي باقراره مرة وقال الشافعي رحمه الله يكتفى به وهو قول مالك رحمه الله
لان الاقرار مظهر وتكراره لا يفيد شيئا كما في سائر الحقوق ولنا ما روي انه عليه السلام اخر اقامة الحد على ماعز الى ان تم اقراره

اربع مرات في اربعة مجالس فيسأله الحاكم المقر عما تقدم اي عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه والمزني بها قيل لا يسأل
عن الزمان لان تقادم العهد غير مانع في الاقرار والاصح انه يسأل لجواز انه زنى في صباه فتبين للقاضي الحكم بالزنا
وايضا قال الشافعي رحمه الله يثبت الحقوق بهما اي بالاقرار والشهادة وظهور الحبل يعني لا يثبت الزنا بظهور الحبل وقال مالك
ثبت به لان ظهوره من غير زوج دليل على زناها ولنا ان احتمال النكاح الصحيح او الفاسد قائم فلا يجب الحد لكن
وتقبل رجوعه اي رجوع المقر عن اقراره بالزنا في اثناء الحد او قبل اقامته فلا يحد بعده لان رجوعه خبر يحتمل الصدق
فيندرئ الحد به لان الشبهة وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه
كذا في الهداية وفي العيني ولو رجع بعد قبل الحد او في وسطه سقط بالاجماع الا في رواية عن مالك رحمه الله وعنه لو ذكر
لاقراره تاويلا قبل والا لا وان سقط الحد وجب المهر كذا في شرح الهداية ويستحب للامام تلقينه اياه اي تلقين
الرجوع بان يقول لعلك قبلت او لمست او تزوجت ولو اقر بالزنا بعد القضاء بالبينة مرة يسقط ابو يوسف رحمه الله
الحد لان الشهادة لا يعتبر مع الاقرار ولا يعتبر اقراره لعدم كونه اربع مرات واقام محمد رحمه الله الحد لان الشهادة
بعد القضاء تاكدت باقراره ولو اقر قبل القضاء يسقط بالاجماع فيبدأ الشهود بالرجم للمحصن بعدما اخرج الى
ارض فضاء وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بدايتهم اعتبارا بالجلد وتفسير الاحصان سيأتي قريبا ولا يحفر له
ولا يربط ولا يمسك ويكون مطلقا او كن يرجم قائما لانه لم يفعل عليه السلام بماعز شيئا من ذلك الا انه يحفر لها في
يربط ويشد كذا في الجامع الصغير لقاضي خان فيرجم بالحجارة حتى يموت ثم الامام ثم الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه
هكذا فعل وذكر الطحاوي اذا ارادوا الرجم اصطفوا صفا كما في الصلوة كلما رجم قوم انصرفوا وتقدم غيرهم ورجموا
ولم يذكر هذا في الاصل ويقدم اي يبدأ الامام برجمه في الاقرار اي في اقرار المحصن ولا كذلك في الجلد لانه ربما
احتبس الجلد فربما يقع مهلكا فتاوى فيه الكمال وفي التقديم فائدة امكان الرجوع فيندرئ الحد ثم الناس
ويجوز ان يحفر لها اي للمحصنة الى ثديها في الرجم لما روي انه عليه السلام امر ان يحفر للغامدية امرأة غامد حي من الازد
حفرة الى الصدر واما عليه السلام لانها محصنة مثل الحصن وقال احصنة وقد كانت قربا للزنا فرجمت لم يحفر لكل
شرع حسن فحجتها ويرجم المحصن قائما والرجم ثبت بالسنة المشهورة فصارت كالمتواتر لاتصال القبول به من العلماء
وبهذا الوجه جاز الزيادة على كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ويغسل و
يكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في المرجوم اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم وقال لقد تاب توبة فان امتنع الشهود
كلهم وبعضهم من ابتداء الرجم سقط الحد لانه دليل على الرجوع او غابوا اى شهود الزنا بعد الشهادة قبل الاقامة او الغيبة
والموت كالامتناع في ظاهر الرواية لفوات الشرط او عمي عليه السلام او ارتد او ضرب حد القذف بعد الشهادة لم يرجم الشهود
الا كانوا مقطوعي اليدين او مرضى لا يستطيعون الرمي الامام ثم الناس كذا ابو يوسف رحمه الله في الجميع وهو غير ظاهر الرواية لان زناه ظهر

بالحجة الكاملة فيرجم الامام ولا يتوقف على حضور الشهود وبهما حكما بانتظارهم وقالا لا يرجم حتى يحضر الشهود ويبدؤا بالرجم
ليتم الحجة على الوجه المشروع ومضى في الرجم اذ في الحد او في الجلد لا يشترط بداية الشهود بالاجماع وشيخ محمد رحمه الله الناس الحد
سواء كان رجما او جلدا ايتولى القاضي لم يعاينوه فاذا ثبت زنا المحصن الشهود عند القاضي فقال للكل ارجموه لا يرجموه
عند محمد رحمه الله لم يعاينوا الشهود واداءهم ويقول الاخذ فيما وراء النهر لغلبة الفساد على قضاة الزمان وانتفاء الاعتماد
عليهم والائتمان وقالا يرجمونه لانهم مامورة بطاعته لقوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم ولعدا حسن من
فصل بين القضاة بانه ان كان عالما عادلا وجب اتباعه من غير تفحص وان كان عادلا جاهلا فلا الا بعد كيفية قضائه
فاذا اخبر عما يوافق الشرع يعمل بقوله وان كان ظالما جاهلا كان او عالما لا يقبل قوله لان العلم مع الظلم لا ينفع لانه
لتعين به على الظلم فالاحسن ان يفصل فيه فان وافق مقتضى علمه عمل بقوله وان ظهر فيه اثر ظلم ترك ويجلد الحر والحرة جلدة
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وان كانت المرأة غائبة سواء ثبت بالبينة او بالاقرار
اما في الاقرار فلان ماعزا اقر انه بامرأة غائبة وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمه واما في البينة فلانهم شهدوا عليه
بالزنا الموجب للحد واما جواز دعوى المرأة النكاح فانها شبهة الشبهة فلا اعتبار لها او في العيني ولا يحد بالاقرار ان
انكر الاخر الا عند الشافعي رحمه الله ويجلد العبد خمسين جلدة لقوله تعالى في حق الاماء فان اتين بفاحشة فعليهن نصف
ما على المحصنات فالمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق ثبت في العبيد بالالحاق وتا
نيث اللفظ للتغليب ونحن لا نجيز ان يجلد العبد ويحد المحصن مولاه بغير اذن الامام اي الا باذن الامام وقال الشافعي
يجوز في الحدود التي هي محض حق الله تعالى اذا عاين سببه من العبد او اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان في القذف
والقصاص وهو قول مالك واحمد رحمهما الله في المزوجة الى الامام لهم ولاية المولى على عبده اكثر من ولاية الامام
فيقيم الحد كالتعزير ولنا قوله عليه السلام موقوفا ومرفوعا عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم اربع الى الولاة
الحدود والصدقات والفيء والجمعات بخلاف التعزير فانه حق العبد ولهذا لو كان المولى ممن يملك اقامة الحد بتقليد
القضاء حتى لو كان مكاتبا او ذميا او امرأة لا يقيم الحد بالاجماع وينزع عنه اي عن الرجل المحدود ثيابه يتناول الفرو
والحشو بقرينة الاستثناء في المرأة دون الازار في الزنا والتعزير لان عليا رضي الله عنه كان يامر بالتجريد في حد
القذف ينزع الفرو والحشو لا غير وينزع الفرو والحشو فقط وهو الثوب المخيط بالقطن عن المرأة لانهما يمنعان عن
وصول الالم الزاجر ويفرق الضرب على اعضائه لان كل عضو نال اللذة منه فيعطى حظه من الضرب غير معدود بالاجماع الا عند
مالك يحد كالحر كذا في العيني فاما ما روى ان عليا رضي الله عنه ضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا بسوط غير
ممدود بالاجماع الا عند مالك يحد جالسا كالمرأة كذا في العيني لا ثمرة له اي لا غصن له ولا عقدة لان عليا رضي الله عنه اراد بثمرة
كثرة وقد روى عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان جلد اربعين جلدة فكانت كل ضربة ضربتين كذا في شرح الطحاوية

لا ثمرة له ضربا متوسطا وهو المؤلم غير الجارح ولا يرفع ابطه فوق رأسه اي ان تبين بياض ابطه من غير وجه ويحترز
عن الوجه لان ضربه يزيل الحسن وهو اتلاف حكمي والفرج والذكر والراس لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه
والمذاكير وفي الينابيع الا على عضو هو مقتل وهو الراس والوجه والبطن والصدر لان ضربه متلف ولهذا جاز قصدا
في الرجم لان المراد فيه الاتلاف وقيا ما قال ابو يوسف رحمه الله في قوله المرجوع اليه وكان قوله كقولهما ثم رجع اليه كذا في الهداية
ضرب بالسوط واحدا في اخر الحد وهو قول الشافعي رحمه الله واحمد لقول ابي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب الراس فان فيه شيطانا
وقالا لا يضرب به لقول عمر رضي الله عنه اياك ان تضرب الوجه والفرج وحديث ابي بكر رضي الله عنه نقل انه كان في حد مساع يستحق
للهلاك ولا يجمع بين الجلد والرجم في المحصن لان النبي عليه السلام لم يجمع بينهما بالاجماع الا في رواية عن احمد كذا في العيني وهو قول
اصحاب الظواهر كذا في النوازل ونحن لا نجمع بين الجلد والنفي حدا وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا ويغرب عاما الا في من
تمام حد البكر وهو قول مالك واحمد رحمهما الله لما روي انه عليه السلام قال الزاني عليه جلد مائة وتغريب عام وعند الشافعي
ينفى العبد نصف سنة كذا في العيني ولنا قوله تعالى والزانية والزاني فاجلدوا وجعل الجلد كل الموجب لانه قرنه بالفاء وكان
النفي حدا لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ولان التغريب فتح باب الزنا فلا يجوز ذلك ولو نفى بطريق السياسة
والتعزير بحسب ما يرى الامام مصلحة جاز عندنا ولا يختص ذلك بالزنا لما روي انه عليه السلام نفى المخنث وعمر رضي الله عنه
نفى غلاما صبيحا يفتتن به الرجال والنساء فقال الغلام ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي
حيث لا تطهر دار الهجرة منك وفي النهاية يحتمل ان يراد من التغريب الحبس كما قال الشاعر ومن يك امسى بالمدينة رحله
فاني وقيار بها لغريب اي المحبوس ويرجم المريض المحصن لان الاتلاف كان مستحقا عليه فلم يكن المرض مانعا ويؤخر
جلده اي لم يبرأ من مرضه بالاجماع الا في رواية عن مالك واحمد وبعض الشافعية فانهم قالوا يضرب بحسب ما يتحمله وان من
لا يرجى زواله كخوشلل لا يتحمل السياط لا يضرب بتكال فيه مائة شمراخ دفعة واحدة بالاجماع الا رواية عن مالك فانه يضرب
بالسياط كذا في العيني ولنا ان جلده قد يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقطع يد السارق في غاية الحر والبرد لافضائه الى
الهلاك ويؤخر جلد الحامل اذا زنت حتى تتعالى اي يطهر ويخرج من نفاسها لان ذلك نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء
ويضرب الحائض ... وهو ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك اذا ضرب به كما يضرب على غيره بل يضرب خفيفا معتدلا
الحمل كذا في النوازل ويؤخر رجمها اي الحامل حتى تضع حملها لان الولد نفس محترمة لا يجوز اهلاكه والتأخير اي تأخير رجم الحامل
الى استغناء الولد عنها لعدم المربي اي اذا لم يوجد من يقوم بتربيته رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لما روي انه عليه السلام قال للغامدية
بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحامل تحبس حتى تضع ولدها تحرزا عن الهرب ان كان زناها ثابتا بالبينة وان كان ثابتا
بالاقرار لا تحبس لان رجوع المقر مقبول في الزنا ونحن نشترط الاسلام في الاحصان وقال الشافعي رحمه الله ليس بشرط وهو قول ابي
يوسف واحمد رحمهما الله لما روي انه عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا ولنا قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن ورجمه عليه السلام

الحد اى بما يوجبه كالزنا والشرب متقادم اى فى زمان سابق والاصل فيه ان التقادم يمنع قبول الشهادة بكل حد وجب حقا لله تعالى
وقال ابن ابى ليلى لا يمنع التقادم كما لا يمنع اسناد قبول الشهادة على القصاص ولنا ان الاصل ان ما كان حقا لله تعالى من الحدود
يبطل بالتقادم وما كان حقا للعباد لا يبطل لان قبول الشهادة فى حقوق العباد مترتب على تقدم الدعوى فيحمل التاخير
على عدم المدعى فلا يكون موجبا للفسق بخلاف حد الشرب لعدم توقفه لاداء على المدعى فى حق الحسبة فيكون التاخير
موجبا للتهمة فان الدعوى فيه شرط فى المال وحد التقادم مقدر بستة اشهر واليه اشار محمد رحمه الله فى الجامع الصغير لكنه
انهى بقوله بعد حين وكذا اشار الطحاوى وعند ابى حنيفة رحمه الله هو مفوض الى راى الامام فى كل عصر وعند صاحبيه مقدر
بشهر وهو رواية عنه وهذا هو الاصح وحد التقادم فى الشرب كذلك وعندهما مقدر بزوال الرائحة كما ياتى فى موضعه
وعند الثلثة يحد الا فى رواية عن احمد ولو غابت او اقر بزنا المجهول يحد ولو شهدوا بالمجهولة لا بالاجماع كذا فى العيون
لا لبعدهم عن الامام ردت شهادتهم لان تاخيرهم ان كان للستر فالاقدام على الشهادة بعده يكون عن عداوة
وان كان لا للستر صاروا فاسقين بالتاخير فلا يقبل بخلاف الاقرار حيث يقبل عندنا وان تقادم اذ لا تهمة على
نفسه وزفر رحمه الله قاس الاقرار بالشهود فى عدم الوجوب بالتقادم والشافعى رحمه الله قاس الشهادة بالاقرار فى الوجوب وان ضرب
بعض الحد فهرب ثم اخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه الحد خلافا لزفر رحمه الله والقياس ان يقام لان هذا التاخير
بعد الهرب فلم يكن قادحا فى الشهادة والاول هو الاستحسان لان العارض فى حد الحدود بغير الشهادة قبل الاقامة كالمقترن
بالشهادة بدليل عمى الشهود وردتهم تمنع وكذلك فصلنا بينهم فاذا كان المانع عن شهادتهم العذر بعدهم عن الامام
لم يوجد شىء فلا يقبل شهادتهم والاقرار الا فى القذف فان تقادمه غير مانع عن حده لان فيه حق العبد وهو دفع العار عنه
والتقادم غير مانع فى حق العبد واما التقادم فى السرقة فلا يمنع ضمان المال لانه حق العبد ويمنع قطع اليد لانه حق الله تعالى
والتقادم كما يمنع الشهادة فى الابتداء يمنع اقامة الحد بعد القضاء بدليل ان شهود الزنا اذا ارتدوا بعد القضاء
قبل الامضاء او غابوا او ماتوا لا تقام الحد لثبوت شبهة ويحدون لنقصان عددهم لان كلامهم قذف وخروجه الى
الشهادة موقوف على كمال العدد فلم يوجد ولو جلد فظهر احدهم عبدا او محدودا فى قذف حدوا اى الشهود بنقصان عددهم
ولو رجم فوجد الشهود عبيدا فديته فى بيت المال وعند الشافعى رحمه الله يجب على الحاكم كذا فى العيون وارش الضرب الجارح
غير واجب اذا شهد اربعة على غير محصن بالزنا فجلده القاضى فجرحه الجلد فارشه غير واجب عند ابى حنيفة رحمه الله واوجباه
فى بيت المال ومعرفة الارش بان يقوم المحدود عبدا سليما من هذا الاثر وغير سليم فينظر الى ما بينهما من التفاوت وكذا الخلاف
لو مات من الجلد فديته عنده وفى بيت المال عندهما لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضى فيجب الضمان على القاضى ولكنه
لا يجب على القاضى لانه عامل للمسلمين فيجب اى الضمان فى بيت المال كما لو رجم فوقع بالخطاء فى قضائه وله ان المستحق بشهادتهم
الضرب المولم لا الجارح والجرح انما لزم من ضعف المحل ولو وجب الضمان به لامتنع الحكام عن اقامة الحد مخافة الغرامة فى التعزير

كان بحكم التورية قبل نزول آية الجلد ثم نسخ فقلنا الحال كون الاسلام منضما الى الحرية والبلوغ والعقل وهذه الاوصاف
شرط فى الجانبين بالاجماع الاعند الشافعى رحمه الله كذا فى العيون انما شرط الحرية لقوله عليه السلام لا يحصن الحر الامة ولا العبد الحرة وشرط
العقل والبلوغ لان المحصن لا يكون اهلا للعقوبة بهما والدخول بزوجته فى نكاح صحيح وهذه الاربعة لا خلاف فيها وانما شرط
الدخول لقوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والثيابة انما تحصل بالدخول ويكون معنى الحديث جلد مائة ان لم يكونا
محصنين ورجم بالحجارة ان كانا محصنين والمعتبر فى الدخول الايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل فى القبل لا الانزال ومن شرط
عند الخلاف الشافعى رحمه الله حتى ان الحر العاقل البالغ اذا تزوج امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير محصنا
بهذا الدخول عندنا حتى لو زنى لا يرجم وعند الشافعى رحمه الله يصير محصنا وكذلك الحرة العاقلة البالغة المسلمة اذا تزوجت
نفسها من عبد او مجنون ودخل بها لا تصير محصنة عندنا حتى اذا زنت لا ترجم ويكون محصنة عنده وترجم اذا زنت
كذا فى شرح الهداية والحال انهما محصنان اى الزوج والزوجة على صفة الاحصان من الحرية والبلوغ والعقل حال
الدخول والحاصل ان ما عدا الوطى كانت حاصلة قبيل هذا الوطى فاذا وجد الوطى تم جميع ما ثبت بها الاحصان
واما شرطا ذكر فيهما لان هذه النعمة متكاملة به اذ الطبع تنفر عن صحبة المجنونة والصغيرة والمملوكة والكافرة
والاحصان المعروف هنا غير الاحصان المذكور فى القذف على ما يجىء ان شاء الله تعالى دانا وهو ظاهر ولا خصوصية الى وجه
خصائص هذا المنكوحة بنكاح صحيح مع الدخول التام ولا يشترط العفة عن الزنا ولم يحكم به ابو يوسف لا يشترط الاحصان
المسلم الا اسلامها بعده اى بعد الدخول بالكتابية وقالا لا يثبت احصانه حتى يدخلها بعد اسلامها لان قوله عليه السلام
لا تحصنه وقد تزوج ذمية دخلها فانها لا تحصنك وكذا الخلاف اذا اعتقت الامة بعد الدخول ولم يدخل بعد ذلك فعنده
لا يكون الرجل محصنا وعندهما لا وبعض المشايخ اى الاحصان ان انكر الاحصان برجل وامرأتين اى بشهادتهم او
ولدت زوجته وعلى هذا الوجه شهود الاحصان بعد الرجم الضمان عليهم عندنا وعنده يضمنون الدية وقال زفر لا يثبت
بشهادة المرأة احتياطا للدرء وهو قول الثلثة كذا فى العيون لان الاحصان شرط فى معنى العلة لانه يوجب تغليظ الجناية فيحال
بالعلة وهو الزنا فى اشتراط الذكورة ولنا انه عبارة عن اوصاف جميلة وخصال حميدة فيكون شرطا وعلامة لا علة
الزانى الرجم ولا اثر لذلك فى العقوبة فالحكم لا يضاف الى العلية فكذا لا يضاف الى شرطها ولو قالوا اى الشهود دخل بها
اى بمنكوحة المسلمة العاقلة البالغة صحيحا فهى اى تلك الشهادة مقبولة عند ابى حنيفة رحمه الله والاحصان ثابت
كالجماع اى يثبت الاحصان اذا شهدوا بانه جامعها بالاجماع وكذا عند محمد وابى حنيفة رحمهما الله وقال لا يثبت الاحصان
اذا شهدوا بالدخول بها لانه يعبر به عن الوطى والزيارة والعيادة فلا يثبت بالمحتمل ما هو شرط فى الحد فان اراد
الرجم فلا يحول للاب والجد والام وكل ذى رحم محرم منه ان يرجمه فان فعلوا ذلك لم يحرموا من الميراث كذا فى الينابيع ولان
الدخول فى المنكوحة انما يستعمل فى الوطى اذا استعمل لها وانما الدخول فى الزيارة والعيادة انما يستعمل بعلى يقال دخل عليها واذا شهد

بين الجارح وغيره متعسر وفي فخر الاسلام لو قال يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه كان مامورا بضربه لا جارح فوقع
فعله تعديا ولو رجعوا بعد الرجم يحدون اي حد الراجعون حد القذف وقال زفر رحمه الله لا يحدون لان كلامهم السابق صار
بالرجوع قذفا قبل الرجم فلا حد لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وان جعل قذفا بعد الرجم فلا حد ايضا
لان من قذف المرجوم بحكم الحاكم لا يحد ولنا ان الشهادة انقلبت بالرجوع قذفا فانفسخ ما ابتني عليه وهو القضاء فصاروا كانهم
قذفوا الميت في الحال فيحدون ولو ظهر انهم عبيد لا يحدون بالاجماع لانهم صاروا قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث وقد رجعوا
قبل الرجم يحدون بالاجماع وغرموا الدية بالاجماع لان القتل ... بشهادتهم ولكن لا نقتلهم اي الشهود الراجعين وقال الشافعي
يقتلون لانهم قاتلون معنى لان القتل وجب بسببهم فصاروا كالمكره هذا اذا قالوا تعمدنا وان قالوا اخطانا غرموا الدية
بالاجماع ولنا ان علة القتل هو القضاء وحكم الكل باختيارهم ومع وجود العلة لا يضاف الحكم الى السبب والقاضي لا يصلح
الة للشهود وكذا المكره فلا يكون يلزمهم القصاص ولكنهم لكونهم سببا يضمنون والمال يجب بدليل فيثبت ولو رجع احدهم
بعد القضاء قبل الامضاء اي قبل اقامة الحد حد وحده اي الراجع وحده وهو قول زفر وان ... وعندهما
وقالا حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه بالاجماع للشبهة لان الامضاء في الحدود ملحق بالقضاء ولهذا لو سقط
احصان المقذوف وعزل القاضي فالامضاء ممنوع ولو رجع احدهم قبل القضاء يحدون وكذا قبل الامضاء وله
ان الشهادة تاكدت بالقضاء فلم ينفسخ الا في حق الراجع كما لو رجع بعد الامضاء ولو رجع بعد الرجم حد الراجع وحده
وغرم ربع الدية بالاجماع ولو شهدوا اي الاربع انه زنى بحمزة والاخرون اي الاربع باخرى كعمرة مثلا فرجم ثم رجعوا
اي الشهود كلهم ضمنوا ديته بالاجماع ومنع محمد رحمه الله من حدهم لان رجوع كل فريق لا يصح في حق الاخرى في ايجاب الحد عليهم
لان كلا منهم لم يثبت زنا غير ما يثبته الاخر ضرورة فيجعل كل فريق في حق الاخر كانهم لا يثبتون على الشهادة في حكم سقوط الضمان
الا يرى ان شهود الزنا لو رجعوا بعد الرجم وقد قذفهم الاخر عليهم لا يجب الحد عليه بجعل الشهادة قايمة في حقه فاذا كان كذلك
لا يحد الراجعون وقالا يحدون لان اقرار كل فريق على نفسه صحيح وكلهم بالرجوع اقروا انهم قذفوا عفيفا فيحدون شهادة
الفريقين نزلت منزلة الشهادة على زنا واحد في حكم الضمان لان المقصود من الشهادة اقامة الحد عليه حتى لو رجع من
كل الفريق اثنان لم يجب الضمان لبقاء نصاب الشهادة ولولا قيام الشهادتين مقام الشهادة لضمنوا لان الباقي من كل فريق
ينصاب كامل فكذا في الحد فصار كما لو شهد ثمانية على زنا واحد فرجعوا فيحدون ونحن نمنع لم قلنا انهم وقال زفر
يحد الشهود وهو قول الشافعي ... لان الشهادة بالزنا تعرف في الاصل وانما تخرج عن القذف باتصال القضاء
فاذا لم يتصل كانت قذفا موجبا للحد ولنا ان شرط وجوب القذف لم ياتوا بقوله ... فوق شهادة الاربع على زنا المقذوف
ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقد ثبت نصاب العدد على اصل الزنا لانهم اتفقوا على نسبته الى الزنا في اول الشهادة فلم يقع
كلامهم قذفا وقد وقع الاختلاف في مكان لان فعل الواحد لا يقع في مكانين ضرورة فلم يتم عليه نصاب الشهادة وكذلك

بالنسبة الى الاصل غير كامل بالنسبة الى الوصف للاختلاف في المكان او الزنا لان الفعل الواحد لا يتصور في مكانين
او زمانين فاورث ذلك الشبهة دارية في مكانه اي مكان الزنا او زمانه فاذا شهد اثنان انه زنى بفلانة في الكوفة
وشهد اخران انه في البصرة ومنع الحد عن المشهود عليه بالاجماع ومنعا الحد عن الشهود وكذا لو كان عدد اربعة على كل مكان
بزنا على حدة فبالاعتبار الاول قلنا لا يحد الشهود وبالاعتبار الثاني لا يحد المشهود عليه هذا اذا لم يمكن التوفيق في
شهادتهم اما اذا امكن بان شهد اثنان انه زنى في ناحية بيت واحد واخران انه زنى في ناحية اخرى والبيت صغير تقبل
شهادتهم استحسانا لاحتمال انتقالهم بالاضطراب وكذا لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمتد اليها وقال
زفر رحمه الله لا تقبل وان كانت البيت صغيرا فلا يحد المشهود عليه ويحد الشهود وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله كذا في العيون
او على هذا الخلاف اذا قذف الرجل انسانا فشهد اربعة على المقذوف بالزنا فشهد اثنان منهم انه زنى بفلانة بالكوفة وشهد
اخران انه زنى بالبصرة يسقط الحد عندنا وعنده لا يسقط كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير كما لو كنت تمنعهم
اي الحد عن الشهود ان كانوا فسقة خلافا للشافعي لان الفاسق لا شهادة عنده بناء على اصله انهم فيحدون ولنا
ان الفاسق من اهل تحمل الشهادة وهو تصور واداء لتهمة الفسق حتى لو قضى القاضي بشهادته ينفذ قضاؤه فبالاعتبار الاول
ثبت شبهة الزنا فيسقط احصان المشهود عليه وبالاعتبار الثاني ثبت شبهة عدم الزنى فيمتنع الحدان جميعا بخلاف شهادة
الاعمى والمحدود في قذف فانه لا يعتبر شهادتهما فيحدان حد القذف اذا شهدا بالزنا ولو شهدوا فزكوا اي الشهود الاربعة
بزنا رجل فرجم اي المزكون فرجم ثم ظهروا اي الشهود عبيدا او مجوسا او احدهم عبدا او مجوسيا فالضمان اي الدية على المزكين
وهو قول الثلاثة الا ان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله على العاقلة كذا في العيون وعندهما في بيت المال لان المزكين اثنوا على الشهود خيرا
فلا يضمنون كما لو اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه ثم رجعوا وله ان الشهادة علة الحكم وهي انما تصير عاملة
بالتزكية لان بها يرجح جانب صدق الشهود فكانت التزكية علة العلة فيضاف الحكم الى صاحبها بخلاف شهود الاحصان
لانهم شهود شرط محض والحكم لا يضاف الى صاحب الشرط شهد اربعة على رجل بما يوجب التعزير فعزره الامام ومات منه فضمانه
وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجب في بيت المال ولو شهدوا بما يوجب الحد فضرب فمات منه لا يجب الضمان بالاجماع فان قيل ما الحكمة
في الفرق بين الحد والتعزير قلنا التعزير مشروع للتاديب فيكون مباحا كتاديب الولد والزوجة فيتقيد بشرط السلامة ولنا
التعزير واجب كالحد لانه زاجر عن فعل المحظور فيكون واجبا بخلاف التاديب فانه غير واجب بل هو مباح كذا ذكره قاضي خان في
شرح الجامع الصغير وانما شرط تعمدهم لان هذا الضمان ضمان المسبب وهو انما يعتمد على التعدي ولو قالوا اخطانا في تزكيتهم
فضمانه في بيت المال بالاجماع لانهم اخطئوا فيما عملوا للعامة المسلمين فصاروا كالقاضي هذا اذا اخبروا بالحرية واما اذا قالوا
هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا بالاجماع لان الرق لا ينافي العدالة اذ هي اجتناب المحظورات هذا في الرجم واما اذا قتل
رجل عمدا امر بضرب عنقه بالسيف بعد تزكية الشهود وامر القاضي فظهروا عبيدا فديته في ماله بالاجماع وكان القياس القصاص

وهو قول الثلثة كذا في العيون لان جز راسه والمامور به كان الرجم لكنه سقط لان القضاء اورث شبهة الاباحة وكذا لو شهد
اربعة على رجل بالزنا فجاء القاضي لينظر في امره فقتله انسان في السجن ان فعله عمدا يجب القصاص وان فعله خطا تجب الدية على عاقلته
لانه لا حكم للشهادة قبل القضاء فبقيت عصمته على حالها واذا شهدوا وعدلوا وقضى القاضي برجمه فقتله رجل عمدا او خطا لا شيء
عليه ولا على عاقلته لانه سقطت عصمته بالقضاء وهو مسيء فيما صنع لان السنة في الرجم البداية من الشهود فاذا قتله فقد خالف
السنة كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو رجع المزكون عن تزكيتهم بعد رجم المشهود عليه عزروا اى المزكون بالاجماع
وعليهم الضمان اى الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ضمان عليهم هذا اذا قالوا تعمدنا وان قالوا اخطانا في التزكية لا يضمنون بالاجماع
له انهم بمنزلة العلة ولهما انهم شهود الشرط كما هو والاصح ان الدية في هذه المسئلة لا تجب في بيت المال لان خطا القاضي غير متيقن
لجواز كذبهم في الرجوع وفي المسئلة الاولى متيقن لان الشهود ظهروا عبيدا فظهر الفرق بين المسئلتين لان الموجود في الثانية
رجوعهم فحسب وفي الاولى رجوعهم مع ظهور احد الشهود عبدا ولو شهد اربعة اى اربعة بزنا رجل بالثلاثة وشهد الاخرون اى شهد
اربعة اخرى ان زنا الذى شهدوا به ثابت على الشهود فالحد غير واجب مطلقا اى لا يحد المشهود عليه بالاجماع ولا الشهود
الاولون والاخرون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحد الاولون لحد الزنا لان شهودهم مجروحون بسبب شهادة الاخرين عليهم
فوجب اقامة الحد عليهم كما لو شهدوا ابتداء ولان الاخرين شهدوا باثبات الزنا الذى شهد به الاولون هو المتحقق منهم
لا من المشهود عليه والفعل الواحد لا يتصور من شخصين وكل من الفريقين يحتمل الصدق والكذب فاورث الشبهة
فلا يحدون ولو شهد اربعة اى بزنا رجل مع اختلافهم في طوع ما باه قال الاثنان منهم انها كانت مكرهة واخران انها طائعة
مردودة عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يحد الرجل ولا المرأة وقالا يحد الرجل ولا يحد المرأة وهو قول بعض الشافعية لان
شهادة الاربع اتفقت على الزنا الموجب للحد وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية فلا دخل لها في اسقاط الحد منه وهو
اكراه المرأة فلا يسقط الحد عنه طائعا او لان الشهادة مختلفة لان الزنا بصفة الطواعية يشترك فيه الرجل والمرأة
والزنا بصفة الاكراه لا ينفرد به الرجل وحكم المختلف فلم يتم النصاب واقرار به اى اقرار الرجل بانه زنى بهذه المرأة في
اربع مجالس مع انكارها غير موجب للحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب الحد عليه وهو قول زفر وان في رحمه الله كذا في العيون
وكذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بهذا الرجل وانكر لان اقراره على نفسه صحيح وان لم يصح على المرأة وصار كما لو اقر بالزنا
بغائبة او بمجنونة فقالت استكرهتني فيحد الرجل فيما ادعت المرأة بالاجماع ولو شهدوا انه زنى بامرأة لم يعرفوها لا يحد
بالاجماع وله انها لما انكرت انتفى محلها فاورث ذلك شبهة في حقه لان الفعل لا يوجد بغير محل بخلاف ما استشهد به لان الزنا ثبت
ولكن انكرت الزنا وادعت النكاح حقيقة كان شبهة لاحتمال صدقها واحتمال ذلك يكون شبهة فلا يعتبروا ماقولها استكرهتني
فيه تصديق لزناه ودعوى الزيادة وصف الاكراه فانتفت الشبهة في حقه لتصديقها ثم لو اسقط الحد يجب المهر تعظيما لامر
البضع شرعا ولا يلتفت تكذيبها فعلم اذا ذكران اى احدهما النكاح سقط الحد ولزم المهر بخلاف وجوب حد القذف لانه ثبت ما

الا بتعزير ويقضى بشهودها بالتمكين وتحد لا الحرة اذا طاوعت صبيا او مجنونا وقال الشافعي رحمه الله تحد وهو قول زفر رحمه الله
وهو رواية عن ابي يوسف كذا في الهداية ومالك واحمد رحمهم الله كذا في العيون لان الزنا وجد منها وسقوط الحد من جانبه لا يسقط
الحد عنها كما لو زنى بمجنونة لا يسقط الحد عنه ولنا ان الاصل للفعل هو الرجل والمرأة تابعة له بدليل تصور الفعل فيها
وهي نائمة والفاعل اذا كان زانيا بها تصير زانية تبعا له والزنا منعدم من الصبي والمجنون لكونهما غير مكلفين فلا تصير
هي زانية وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها يحد الرجل خاصة بالاجماع ولا الحد ايضا اذا زنى الرجل
في دار الحرب ثم خرج الينا مسلما وقال الشافعي رحمه الله لا يحد وهو قول مالك واحمد وكذا الخلاف اذا زنى بغيا كذا في العيون
لانه لما اسلم التزم احكام الاسلام ومنها الحد ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود من اقامة الحد
حصول الانزجار وولاية الامام عنها منقطعة فيعرى الوجوب عن فائدة المشروعية فاذا لم يوجب الحد فيها فلا يكون موجبا لا منقلبا
عنها ولو غزى الخليفة او امير مصر فدخل في دار الحرب فله ان يقيم الحد على من زنى في عسكره لان العسكر تحت ولايته ولا يقيم
على من زنى خارج فيها لقوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب كذا في التبيين هذا في الخليفة وامير مصر واما امير العسكر
فلا يقيم الحد على من زنى منهم لان المفوض اليه تدبير الحرب لا اقامة الحدود ويحكم ابو يوسف رحمه الله يحد المستامن اى بجميع
الحدود كلها لانه ملتزم لاحكامنا ما دام في دارنا وحد الزنا من احكام الاسلام وهو معتقد حرمته فيقام عليه
كحد القذف لا في حد الخمر فانه لا يجب عليه بالاجماع لانه يراه حلالا وعكسا وقالا لا يجب الحد عليه الا في حد القذف
فانه يجب بالاجماع واما حد الزنا والسرقة فواجب عنده دون عندهما لنا ان المستامن من دخل دارنا لقضاء حاجة وعوده
فلم يلتزم احكامنا وانما يقام عليه حد القذف لانه التزم ان لا يوذى احدا منا فاذا قذف مسلما فقد اذاه ولو زنى مسلم
بمستامنة يحد عندهما ابو يوسف رحمه الله وخصاه به وقالا لا يحد المسلم خاصة وكذا الخلاف اذا زنى ذمي بمستامنة وحاصله
ان قول ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف رحمهم الله القول الاول لا يحد المستامن والمستامنة وقال ابو يوسف رحمه الله اخيرا يحد
المستامن والمستامنة كما يحد الزنى والذمية او زنى مستامن بمسلمة يحدهما ابو يوسف رحمه الله في قوله الاخر وفي قوله
الاول لا يحدهما وهو قول محمد رحمه الله اخرا ودلايل هذه المسائل معلومة وكذا الخلاف لو زنى بذمية والاصل اى ابو حنيفة رحمه الله
وفيه تورية الاصل الذي يقيم الحد يختص ابى ابو حنيفة رحمه الله المسئلة بالحد ومنعه وقال لا يحد المسلمة ايضا وهو قول ابى
يوسف اولا لان فعل الرجل في الزنا اصل وفعلها تبع واذا لم يوجب الاصل لم يوجب التبع فصار كتمكينها من صبي وله
ان الزنا حرام في كل الاديان فكانت المرأة زانية حقيقة لتمكينها من الرجل بخلاف التمكين من الصبي والمجنون لانه لا فعل
لا يوصف بالحرمة ولا يجب الحد بوطي جارية ولده وان سفل مع العلم بحرمته لشبهة وجدت في المحل والشبهة اذا ثبتت في الموطوءة
وفيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فلم يجب مع علمه بحرمة الوطي بالاجماع لقيام دليل يدل على انه تخلق منها المانع فاورث
شبهة ويسمى هذا النوع شبهة المحل والنسب يثبت مع هذه الشبهة عند الدعوة لعدم كونه زنا خالصا للدليل النافي للحرمة ظاهرا

وان كان محرما لذاته وهي تثبت في مواضع منها وطي الرجل جارية ابنه ودليل حله قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
ثم ان حبلت وولدت ثبت النسب من الاب ولا يجب العقر لتملكه اياها بالقيمة سابقا على الوطي وان لم تحبل فعليه العقر
لان التملك ثم لصيانة مائه عن الضياع ولا حاجة هنا فلا يثبت الملك ومنها وطي مطلقته البائن والدليل فيه ان بعض الصحابة
رضي الله عنهم جعل الكنايات رجعية ومنهم عمر رضي الله عنه ومنها وطي المولى الجارية المبيعة قبل التسليم والدليل فيها في يده
وضمانه وتعود الى ملكه وكذا وطي المبيعة بالبيع الفاسد قبل التسليم وبعده او بشرط الخيار لان له فيها حق الملك ومنها
وطي جارية مكاتبه وعبده المأذون المستغرق بالدين لان له حقا في كسبهما ومنها وطي الجارية المشتركة لان ملكه في البعض
ثابت حقيقة ومنها وطي المرتهن المرهونة في رواية لان سبب الملك انعقد له ولهذا عنده ملكا كما يكون مستوفيا له
فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع ففي كل موضع يسقط الحد لشبهة المحل ثبت النسب اذا ادعى وان قال علمت حرمتها
وفي عموم هذا الاصل كلام فانه نص في باب المهر في نكاح الاصل اذا كانت المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج
فولدت ولدا وادعى الزوج الولد لا يصدق على ذلك لانها ملك المرأة واستيلاده في ملك الغير غير جائز كذا ذكره قاضي خان
في شرح الجامع الصغير ونحن نفينا عنه اي الحد عن الزاني في جارية اصوله اي في وطي جارية ابيه وامه وجده وجدته
وان علوا مع ظن الحل اي ظن ان وطئها حلال وقال زفر يحد مع ظن حلها لانه وطي حرام في محل خال عن الملك
وشبهته فلا يعتبر تاويله الفاسد كما لو وطي جارية اخيه ولنا قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وفي نوع من الشبهة
حيث ظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ان يظن غير الدليل دليلا فاعتبر ظنه شبهة ويسمى هذا شبهة في الفعل
وشبهة اشتباه فلا يحد فيها لان وطئها شبهة فيسقط بها الحد لكن لا يثبت النسب بالدعوى في هذا النوع لانه زنا محض
لكن المطلقة بالثلاث من هذا النوع يثبت فيها النسب لان وطئها بشبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب كجارية زوجته
اي كما لو وطي جارية زوجته وسيده اذا وطي العبد جارية مولاه ومعتدته عن ثلاث اي عن ثلث طلقات فيسقط
الحد ان قال ظننت الحل ويجب الحد في هذا النوع للعلم بالحرمة اذا قال علمت حرمتها ويثبت الشبهة ان ادعى ان جاءت
بالولد باكثر من سنتين اي لم يقر بانقضاء العدة لان ثبوت نسبه من الوطي بشبهة في العدة وقد التزمه بدعوته
فثبت نسبه احياء للولد وان قال علمت حرمتها فيكذب نفسه بالدعوى وشبهة في هذا النوع لان الانبساط بين الولد
والوالدين والزوج والزوجة والعبد والمولى بحيث ينتفع كل منهم بمال الآخر فاذا ظن ان وطي الجواري من قبيل
الاستخدام واشتبه عليه الحال يكون معذورا واما شبهته في المطلقة ثلثا فباعتبار بقاء بعض الاحكام كالنفقة والسكنى
وثبوت حرمة اختها وحرمة اربعة سواها باق فيها وطئ وطي نحوها ومن هذا النوع يثبت في موضع منها المبيع كجارية زوجها
ومنها المطلقة على مال لانها كالمطلقة ثلثا ومنها ام ولده اذا اعتقها لبقاء اثر الفراش فيها وهي العدة
ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن على رواية وهي الاصح لان الوطي ليس استيفاء للدين والرهن لم يوضع لملك الغير حقيقة

ولهذا لو مات فكفنه على الراهن وانما يتصور الاستيفاء من معناه لا من عينها ويجب الحد في وطي جارية العم والخالة
مطلقا سواء قال ظننت الحل اولا لانه لا انبساط في مالهما منه عادة ولهذا شهادة احدهما للآخر مقبولة بخلاف قريبه
من احدهما لان الاخ يدخل بيت الاخ من غير استيذان فلم يتحقق الحذر واصلهما فالحل دائر مع الملك والعقد ولم
يوجد الحل ولا شبهته فيجب الحد ولا حد في وطي من زفت اليه غير امرأته اذا اتي رجل ليلة الزفاف بغير منكوحة فاخبر
انها امرأته فوطئها لا يجب الحد عليها لان المرأة لا يميز بين زوجته وغيرها وكذلك الرجل في اول الوهلة والاخبار
في موضع الاشتباه دليل شرعي فصار معتمدا على دليل شرعي ولهذا قلنا ثبت نسبه منها وان كانت شبهة في الفعل
دفعا لضرر الغرور ويجب المهر اي مهر المثل لان عمر رضي الله عنه وعلي قضى بذلك ولو وجد امرأة على فراشه فوطئها حد
اي من الجلد والرجم وان قال ظننت انها امرأتي لان ظنه لم يستند على دليل اذ الرجل لا يشتبه عليه امرأته بعد الفها ولا تحد
القاذف وان كان اعمى فدعى جارية اجنبية فقالت انا امرأتك فوطئها لا يحد لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار
ولو لم يقل انا امرأتك فوطئها يحد وعند الثلثة لا يحد مطلقا كذا في العيون وفي وطي المحرمة كاخته وخالته وهو مستحل له
وحده قوله يعزر وبعد العقد اي بعد نكاحها ويثبت النسب عنده وعندهما وعند الثلثة يحد ولا يثبت النسب كذا في العيون
وبعد العلم بانها اخته ولو قال ظننت انها تحل لي لا يجب الحد بالاجماع كذا في الحقايق وفي وطي المستأجرة للزنا واللايط اي
من صدر منه اللواطة يعزر اولا ثم يودع في السجن كذا في العيون ومن اتى امرأة في الموضع المكروه اي في دبرها يعزر وهو
مزاد وفي الجامع الصغير ويعزر اللايط ويحبس في السجن حتى يحدث توبة وهذه المسائل الاربع عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يحدون وهو قول الثلاثة وعن الثلثة يرجم في الظهر كذا في العيون وفي قول الزهري ان في اللواطة يقتلان بكل حال
اقتلوا الفاعل والمفعول وروي فارجموا الاعلى والاسفل اما في المسألة الاولى فلان الشرع اخرج المحارم عن محلية النكاح
فصار العقد فيه لغوا وفي الثانية ان الاجارة عقد على محض المنفعة والمستوفى بالوطي بعض جزء العين ولهذا
اشترط التأبيد في النكاح والبيع فلا يكون منافع البضع محلا للاجارة فصار عقد الاجارة فيها كعدمه وفي الثالثة
ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على حده لكنهم اختلفوا في وجوبه وقال بعضهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه يحرق
بالنار وقال علي رضي الله عنه يحد حد الزنا لانه مثله فيرجم ان كان محصنا والا فيجلد وعن ابن عباس رضي الله عنه ينكس
من مكان مرتفع وفي الرابعة الدليل كما في الثلاثة وله في الاولى ان المحرم محل باعتبار المقصود منه التناسل وكل انثى
من بنات بني آدم قابلة لذلك محلية النكاح وان انتفت عن المحارم لدليل لكن بقيت شبهة كما في نكاح المتعة والنكاح
بغير شهود ووطي امته وهي اخته من الرضاع فيندرئ بها الحدود وفي الثانية ما روي ان امرأة استسقت راعيا لبنا
فابى ان يسقيها حتى يمكنه من نفسها ففعلت ثم رفع الامر الى عمر رضي الله عنه فدرأ الحد عنهما وقال ذلك مهرها وكذلك
اطلق في الشرع اسم الاجور على المهر بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وصار كالمتعة والرابعة ان الزنا قضاء الشهوة

وقال بعضهم يجب ان يلقى من موضع مرتفع منكوسا وقال بعضهم يهدم عليهما الجدار صح

فی محل محرم مشتهی علی الکمال باعتبار المیل من الجانبین وفی اللواطة المیل من المفعول معدوم اذا کان سلیم
الطبع فلا یکون زنا ولو کانت زنا لما اختلفوا فی موجبها لان موجب الزنا معلوم وهو الجلد والرجم بخلاف ما
اذا زنی بالغ بصبیة فیجب الحد علی البالغ لان اصل الداعی فیها موجود ولهذا یظهر بعد زمان ولا کذلک الصبی فیجب
التعزیر فی هذه المسائل لانه ارتکب المحرم وما روی عن الصحابة رضی الله عنهم فمحمول علی السیاسة وفی الحقایق ام تکن
لا زنی بک لا یحد بالاجماع وفی الروضة لو وطی امرأة فی الموضع المکروه یحد وفی الحقایق الاصح ان هذا علی الخلاف
ولو فعل هذا فی منکوحته وامته لا یحد بالاجماع ومن وطی اجنبیة فیما دون الفرج ای فی غیر السبیلین کالتفخیذ
والتبطین او اتی بهیمة عزر بالاجماع اما فی الاولی فلانه فعل امر منکر لیس فیه حد واما الثانی فلان الطبع السلیم تنفر عنه
فلا یکون جنایة کاملة ولا ایلاج فیها بمنزلة الایلاج فی الکوز ولهذا لا ینتقض طهارته من غیر انزال فلا یجب
ستر فرج البهیمة ولکن یعزر لارتکاب الایجلا وما روی عنه علیه السلام قال من اتی بهیمة فاقتلوه بالمحمول علی ذکر
ان البهیمة یذبح ویحرق فلیس بواجب انما یؤمر به لیقطع الحدیث فیه وفی العیون یعزر بالاجماع الا فی روایة عن
الثلثة یحد ویذبح البهیمة لو للواطی وعن النافع یؤدب لو مما یؤکل وعلیه قیمتها لو لغیره ویاکل منها غیره لا هو
وعن مالک یؤدب هو ایضا وعنه لا یذبح الا ان یکون مما لا یؤکل هو ولا غیره وان اتی صغیرة مشتهاة بشبهة او کبیرة
مستکرهة غیر مطاوعة فافضاها ای جعل مسلکی البول والغایط واحدا بحیث لا یستمسک البول فوجبت الدیة
لتفویت جنس المنفعة وهی فی ماله لانه شبه العمد فیجب الدیة فی الضمان دون العقر وجب مهر ای العقر ای
مهر المثل ایضا ای کایجاب الدیة وقالا لا یجب العقر واما الحد فلا یجب بالاجماع لان الدیة ضمان کل العضو والمهر ضمان
جزء منه فضمان الجزء یدخل فی ضمان الکل اذا کانا فی عضو واحد کما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع کفه قبل البرء
یدخل ارش الاصبع فی ارش الکف ولو وجب العقر مع ضمان العضو کاملا لزم تکرار الموجب عن شیء واحد ان سبب
الدیة الافضاء وسبب العقر اتلاف منفعة العضو فایجاب احدهما لا ینفی الاخر کما اذا استمسک البول بالاجماع
والفرق ان الواجب فی مقابلة الافضاء وضمان الجایفة لا ضمان العضو ولو لم تکن الصبیة مشتهاة فلها المهر
کاملا بالاجماع ولا حد علیه وان لم یدع الشبهة لیکمن المقصود فی معنی الزنا ولو وطی صغیرة مشتهاة من غیر
دعوی الشبهة فعلیه الحد لا علیها ولا مهر بالاجماع ولو کانت کبیرة مطاوعة مع دعوی الشبهة فلا یجب الحد ولا
العقر وان کان غیر دعوی الشبهة فعلیهما الحد ولا شیء لها فی الافضاء فی الصورتین لرضاها به ولو طاوعت
الصغیرة یضمن کل الدیة بالافضاء ان لم تستمسک البول وثلثها ان استمسکت لان رضاها غیر معتبر ولو کانت
مستمسکة بولها ضمن ثلث الدیة لانه فی معنی الجایفة ویجب العقر بالاجماع ولو افضی زوجته لا یدخل المهر فی الدیة
لانه وجب بالعقد ونحن لا نجمع العقر مع الحد فی المستکرهة فیلزم الحد فقط فلا یجمع الحد مع المهر وقال ان فیه

علیه العقر ایضا لانه عوض ما استوفاه بالوطی بغیر رضاها فهو بمنزلة جزء العین والحد جزاء فعله فایجاب احدهما
لا یمنع الاخر کما اذا قتل صید الحرم المملوک فی الحرم بخلاف المطاوعة فان الاستیفاء برضاها ولنا ان ایجاب العقر انما یکون
عند سقوط الحد لئلا یخلو الزنا عن غرامة مالیة او عقوبة بدنیة وههنا لما اوجب الحد لا یجب العقر لان الوطی
منافع البضع حقیقة وهی غیر مضمونة عندنا ویسقط ابو یوسف رح الحد عن زان بجاریة فقتلها به ای بفعل الزنا
فوجب قیمتها وقالا لا یسقط الحد او اشتراها او زنی بجاریة ثم اشتراها او نکحها او کانت جنت علیها قبل فدفعت
الیه بعده ای الزانی بعد الزنا بسبب الجنایة ففی هذه المسائل یسقط الحد عنده خلافا لهما له ان عروض سبب الملک
من ضمان قیمتها وشرائها او نکاحها او دفعها الیه بعد وجوب الحد قبل اقامته کعروضه قبل وجوبه فیسقط عنه الحد کما
اذا هلک السارق المسروق قبل القطع ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وهو بمقابلة الآدمیة وهی لا یقبل الملک
ولهذا وجب علی العاقلة ولو کان ضمان ملک لما وجب علیهم وسلم فانما یستفید الملک فی حق القایم لا فی حق المعدوم
وهو المستوفی من منافع البضع وکان ما استوفاه منها حراما ولا یسقط الحد بملک العین بعده ولا نسلم ان اعتراض الملک
قبل اقامة الحد یوجب سقوط الحد وانما یسقط فی السرقة لانتفاء الخصومة وهی شرط فیه لا فی حد الزنا ولو زنی بالحرة فقتلها
به یجب الحد مع الدیة بالاجماع لان الحرة لا تملک بالضمان ولو زنی بحرة بعد ثم اشتراه یحد ان بالاجماع کذا فی الحقایق
فداء المولی بعد الجنایة یجب علیه الحد بالاجماع وعلی هذا الخلاف لو زنی بها ثم غصبها وضمنت قیمتها واما لو غصبها ثم زنی
بها ثم ضمن قیمتها فلا حد علیه بالاجماع ونحن اسقطناه ای الحد عن المکره علی الزنا وقال زفر یحد وهو قول الی حنیفة
کذا فی العیون وهو قول ابی حنیفة اولا ثم رجع وقال لا یحد لان انتشار الآلة دلیل علی اختیاره فانتفی الاکراه ولنا ان انتشار
کما یقع طوعا فقد یقع طبعا کما فی حق النایم فیندرئ الحد بهذه الشبهة

فصل

فی حد الشرب یحد شارب الخمر
طوعا بعد الاقامة فلا شرب لا یحد ولا یحد سکرانا لیفید الضرب فایدة وهی الایلام ولحوق العار اذا اخذ فی الحال هو
وریحها موجود لان ینقطع ریحها لبعد المسافة ای اذا اخذ وریحها یوجد فیه فانقطعت قبل ان ینتهوا به الی الامام
لبعد المسافة فیحد والنفی محمد رح اشتراطه ای وجود الریح وهو قول الثلثة کذا فی العیون فلم یعتبر فی اثبات شربه
بالبینة او بالاقرار فی اقامة الحد علیه وان زال ریحها لا لبعد المسافة وهو قول الثلثة اذا لم یتقادم بشهرین الاطلاق قوله علیه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه وقالا وجود الریح شرط حتی لا یقبل الشهادة علی شربه والاقرار به فلا یقام الحد علیه الا لکم
بریحها لان الاقرار بالزنا انما یکون بامر زاید فیؤکد هذا الاقرار بعاد الاثر قیاسا علیه ولما روی عن ابن مسعود رضی الله عنه
انه قال فیمن اقر بشرب الخمر استنکهوه فان وجدتم ریح الخمر فاجلدوه لان حد الشرب یثبت باجماع الصحابة رضی الله عنهم
وبدون رای ابن مسعود لا ینعقد الاجماع وما رواه عام خص منه موضع الاکراه فیعارضه القیاس والحاصل ان التقادم
یمنع اقامة الحد علیه بالاجماع فعندهما یقدر بشهر وهو روایة عنهما وهو الاصح کذا فی النوازل کما قدره فی الزنا وعندهما بزوال الریح

ولا يثبت به اى بشرب الخمر يشم ريحها اى فيه وتقيؤ خمر لان الرائحة ليست بقطعية بالشرب طوعا بل قد يكون بالكره او
من غيره كما قال قائل ان عرف يقولون لى انكه شربت مدامة ● فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا بل بشهادة رجلين ولا
يثبت بشهادة امرأتين مع رجل لثبوت الشبهة فى شهادتهن والحدود تندرئ بها ويثبت باقراره اى اقرار الشارب
ويعتبره ابو يوسف رحمه الله الاقرار مرتين للاحتياط كما هو ضعف عدد الشهادة فى الزنا واكتفيا بمرة لان التكرار فى
الاقرار غير مفيد كما فى القذف والقصاص واثبات التضعيف فى الزنا على خلاف القياس فلا يتعدى مورد النص ويحد
السكران من دردیها اى من شرب دردى الخمر انما يحد اذا سكر به لا من شربه خلافا لقول الشافعى رحمه الله فانه قال يحد من
شربه وان لم يسكر وهو قول مالك واحمد رحمهما الله فهو كالخمر كذا فى العيون لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر والدردى مشتمل
على عينها ولنا ان الغالب على الدردى الثفل فصار كالمغلوب بالماء فلا يحد شاربه ما لم يسكر منه والسكران من لا يعرف
السماء من الارض عند ابى حنيفة رحمه الله فى حق ايجاب الحد على من سكر من غير الخمر ولا يعرف الكلام قليلا ولا كثيرا لان
الحد عقوبة فتعتبر فى سببه نهاية السكران احتيالا للدرء ونهايته ان يسلب عنه التمييز فى حق الحد وقالا من يخلط
كلامه وهو قول الثلاثة كذا فى العيون قيل على الكلام الهذيان فان كان نصف كلامه مستقيما فليس بسكران لانه هو المتعارف
وغيره على رضى الله عنه انه قال اذا سكر هذى وعن ابن الوليد قال سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذى يجب عليه
الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون فلا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وهما احفظ فى العامى
قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكى عن ائمة بلخ اتفقوا على الاستقراء بهذه السورة ثم ان بعض
الشرط اتى بسكران امير بلخ فامره ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ سورة الفاتحة اولا فقال الامير اقرأ فى الحجة
فقال السكران قد وقعت خطأت من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثانى انك تركت التسمية وهى
اية من اول الفاتحة عند بعض الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطى ويقول له امرتك بان تأتينى بسكران فاتيتنى
بمقرئ بلخ ويختار للفتوى فى الخلاف فى حق الحد دون حق الحرمة فيترك لقولهما اخذا بالاحتياط لان القدح الذى
يسكر كثيره يكون حراما بالاجماع ولا يحد باقراره فيه اى السكران اذا اقر بالزنا او بغيره من حقوق الله تعالى فى سكره
لا يكون اقراره موجبا للحد لجواز كذبه فى الاقرار بسبب السكر لان السكران لا يثبت على شىء فاقيم سكره مقام الرجوع
حتى لو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر استحسانا واما فى القياس فهو ثابت
كذا فى المبسوط لا بحد القذف اى اذا اقر بما يوجب حد القذف والقصاص وغيرهما مما فيه حق العبد فى سكره يحد لانه لا يحتمل الرجوع
ولو زنى او سرق او شرب فى حالة السكران يحد بعد الصحو لان الفعل لا يحتمل الكذب هذا اذا سكر بالمحرم واما اذا سكر بالمباح لا يعتبر
تصرفاته لانه بمنزلة الاغماء ونحن نوجب فى حد ثمانين جلدة فى الحر لا اربعين نفى لقول الشافعى رحمه الله فانه قال حد الشرب
اربعون جلدة وهو قول احمد فى رواية فلو ضرب قريبا منه بالاطراف والنعال يكفى عنده فى الاصح ولو ادى الامام ثمانين

جاز على الظاهر عنه لما روى ان عثمان وعليا رضى الله عنهما امرا باقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة فامر الحسن باقامة الحد فلما بلغ
اربعين قال حسبك جلد رسول الله وابو بكر وعمر رضى الله عنهما انه امر ان يضرب شارب الخمر اربعين ولنا ما روى البيهقى
جلده بنعلين اربعين وكل نعل سوط فكان ثمانين وعن على رضى الله عنه انه قال ثمانون فانعقد عليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم
كان بنعلين او بجريدتين ويجب نصفها على المذهبين وهو عشرون عنده واربعون عندنا فى العبد لما روى ان عمر وعليا
رضى الله عنهما جلدا عبيدهما فى الخمر نصف الحد ويتوقى فى الحد كما فى حد الزنا من تجريد ثيابه ويفرق الجلد على اعضائه كحد الزنا
الا عنده كما هو ان يضرب على الظهر وما يقاربه كذا فى العيون ولو اقر بالشرب ثم رجع لم يحد لان حد الشرب خالص حق الله تعالى فيعمل
الرجوع كسائر الحدود **فصل** فى الاشربة وهى جمع شراب وهو كل مائع رقيق يشرب لا يتأتى فيه المضغ سواء كان حراما او
حلالا ويحرم الخمر عصير العنب عطف بيان وهو عصير زبيب او تمر او جوز اذا غلا او اشتد اى صلح للسكر بها والاشتداد شرط
بالاجماع لقوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وقذف الزبد شرط عند ابى حنيفة رحمه الله فى
كون العصير حراما فاذا لم يقذف الزبد يحل شربه ويجوز بيعه عنده وقالا ليس بشرط وهو قول الثلاثة كذا فى العيون
لان تغطية العقل تحصل بالاشتداد دون الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وقيل يحرم بمجرد الاشتداد
احتياطا ويحد به اذا قذف الزبد احتياطا للدرء واخذ بقولهما ابو حفص الكبير وقالا لا تأثير للقذف بالزبد فى احداث
السكر بل يرق به ويصفو ... شاة ذبحت من ساعة اكلت لانه لم يؤثر فى لحمها وان اعتادت شرب الخمر وصارت
بحال يوجد ريح الخمر من لحمها ان كان ابلا يحبس شهرا ثم تنحر فيؤكل وان كان بقرا تحبس عشرين يوما وان كان شاة تحبس عشرة
ايام والدجاجة ثلاثة ايام لا تؤكل الخبز الذى عجن بالخمر ومن حكمها انها نجس نجاسة غليظة او زاد على قدر الدرهم لا تجوز
الصلوة ولا شرب الخمر لخوف العطش المهلك الا ... كما لو شرب البول على قول ابى حنيفة رحمه الله ويكره ولا يشربها الحقنة الفرج
ويسكر لم يحد ولا شرب ما زاد على قدر الفروة ويسكر حتى كذا ذكره قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ويحرم العصير اذا طبخ
فذهب اقل من ثلثيه ونقيع الرطب وهى الى ... الباذق وهو الذى من ماء العنب اذا طبخ ادنى طبخ بكل شرب ما حرموا
اذا غلا واشتد وقذف الزبد لا يحل عند عامة العلماء وقال اصحاب الظواهر يحل شربه لقوله عليه السلام ومن ثمرات النخيل
والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وانما يحرم الخمر بكتاب الله تعالى ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى العصير اذا ذهب
ثلثاه فقد ذهب حرامه فالثلث ليس بحرام ولو تركه تتخذون سكرا الاشكان فى ابتداء الاسلام حتى كانت الاشربة مباحة
ثم اجتمع الصحابة رضى الله عنهم على تحريمه ونقيع الزبيب ان غلا واشتد ويسمى السكر لكن حرمة هذه الثلاثة دون حرمة الخمر حتى
لا يكفر مستحلها لان حرمة الخمر قطعية وعينها نجس لقوله تعالى رجس من عمل الشيطان وحرمة الثلاثة اجتهادية ويحل تخليل
تخليل الخمر مطلقا سواء كان بعلاج شىء او بنقلها الى الشمس ولا يصير الخمر خلا بدخول بعض الحموضة وبقاء بعض المرارة وانما
تصير خلا بذهاب المرارة كلها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصير خلا اذا حصل شىء وقال الشافعى رحمه الله ويكره تخليلها

باجتنابها وفي تخليلها اقترابها فان كان بالقاء شيء فيها لا يحل قولا واحدا وهو قول الشافعي رحمه الله وان كان بغير القاء شيء
كالنقل من الظل الى الشمس او بالعكس ففي حل الخل الحاصل به قولان ولنا انه تعين الاقتراب لازالة الخمرية عنها فلا يكره كما لو
اقترب منها لقصد الاراقة والجامع دفع الفساد وانما صار الخمر من الخزف يوازي الخل فاما اعلاه الذي اصابه الخمر
انتقض بمرور الزمان يكون نجسا لان ما يدخل فيه من اجزاء الخمر ايضا صار خلا فيغسل بالخل حتى يطهر لان غسل النجاسة بالمائعات
جائز فاذا غسل بالخل فانه يتخلل فيه من اجزاء الخمر يصير خلا فاذا لم يفعل كذلك وطلاء الحب بالعصير يتنجس العصير لانه خالطه الخمر
كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ولا يحل اي الخمر بالطبخ لانه انما يحل بانعكاس الحرمة لا رافعها بعد تقررها لكن لا يحد
شاربه مطبوخها بل يحد بالسكر منه وبيعه غير جائز ويحل شرب ما لا يسكر بالفعل بلا طبخ من انبذة التمر والزبيب
لنجز وان اشتد ومن عصير العنب ان طبخ فذهب ثلثاه ويحل بيعهما ولا يحل شاربها بغير لهو وما يتخذ من العسل والتين
والحبوب من غير طبخ والمتخذ من الحبوب والفواكه والشهد والعسل تحل شربها ما دام حلوا واذا غلا واشتد فان كان
ادنى طبخة تحل في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بمنزلة نقيع الزبيب والتمر اذا طبخ ادنى طبخة واختلف المشايخ
في قول محمد رحمه الله قال بعضهم يحل شربه الا القدح المسكر وهو الصحيح وذكر القاضي ابو جعفر عن محمد رحمه الله انه يكره وان لم يطبخ
او في طبخه فعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يحل شربه وهو الصحيح وان اشتد ويحل بيعها وشربها بغير سكر عندهما
محمد رحمه الله الاشربة المذكورة وهو قول الثلاثة كذا في العيون مطلقا سواء طبخ او لم يطبخ اسكر بالفعل او لم يسكر لقوله عليه السلام
كل مسكر حرام وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها بلا شرط الاسكار
والمسكر من كل شراب تخصيصه المسكر بالتحريم من غير الخمر يدل على انه ليس كالخمر والفتوى في زماننا على قول محمد رحمه الله وقد
للسكر منها اي من جميع الاشربة من غير فصل في الصحيح لان السكر متى حصل استلزم الفساد فيجب عليه الحد قطعا
لمادة الفساد وتعليلا لها والحد انما شرع لذلك ولا بأس بالخليطين اي بالخليطين ماء التمر وماء الزبيب ثم يطبخان
جميعا اذا لم يشتد وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يجوز شرب الخليط وان لم يشتد لورود النهي ولنا ان ما حل مفردا يبقى مخلوطا
وما ورد النهي محمول على الاشتداد وانما خلط عصير العنب مع نبيذ التمر ليطبخ عندهما حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وفي قول
محمد رحمه الله يكره شرب الخليطين كذا في الينابيع وان شربها متمرا وجبا بالخلط فان وجب الحد ويحرم شربهما وان كان مغلوبا
احتياطا كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا بأس بالانتباذ اي اتخاذ النبيذ في الدباء وهو بالتشديد
القرع اليابس فلا بأس بشرب ما هو حلال في كل انية لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا
تجروا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلاثة ايام فامسكوها ما بدا لكم وعن شرب النبيذ في الدباء والمزفت فاشربوا في
كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا والحنتم جمع حنتمة وهي الجرة الخضراء والمزفت اي الاناء
المطلي بالزفت سواء كانت خابية او جرة والنقير اذا لم يشتد وهو اصل النخل ينقرونه ويجعلون فيها الرطب والبسر حتى يختمر

فيشربوا هكذا فسره ابن سماعة وما ورد من النهي عن الانتباذ في هذه الظروف فمنسوخ لقوله عليه السلام انتبذوا في كل
اناء فان الظروف لا تحرم شيئا ولا يحل اعلان الاصول التي يتخذ منها الاشربة العنب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة
والدخن والفواكه كالاجاص والفرصاد والشهد والفانيذ والالبان واما المتخذ من العنب فخمسة احدها الخمر وهي التي من مائه
اذا اشتد وغلا وسكر على ما ذكرنا والثاني الباذق وهو من ماء العنب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ويجوز بيعه ما دام حلوا واذا غلا
واشتد وقذف بالزبد لا يحل عند عامة العلماء وعند اصحاب الظواهر يحل شربه فلا يفسق شاربه ولا يكفر مستحله
ولا يحد شاربه عندنا ما لم يسكر وعند الشافعي رحمه الله ما اسكر كثيره فقليله يوجب الحد والثالث المنصف وهو الذي ذهب
نصفه بالنار وحكمه حكم الباذق وكذا اذا كان الذاهب اكثر من النصف فحكمه حكم الثلث والرابع المثلث ويسمى طلاء وهو
ماء العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يحل شربه عند الكل ما دام حلوا فاذا غلا واشتد فقذف الزبد فعند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله يحل شربه لاستمراء الطعام والتداوي والتقوي دون التلهي واللعب الا القدح المسكر وعند الشافعي
لا يحل شربه قليلا وكثيرا فعندهما لا يشترط السكر في الحد والخامس المختج واختلفوا في تفسيره قال بعضهم ان يصب الماء
على العصير فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فكان الذاهب من العصير اقل من الثلثين يحل شربه ما دام حلوا وقال بعضهم تفسير المختج
ان تصب الماء على المثلث حتى يصير رقيقا ويترك حتى يشتد ويسمى ابو يوسفي رحمه الله لانه كثيرا ما كان يستعمل هذا وهل يشترط
للاباحة ان يطبخ ادنى طبخة بعد ما صب الماء عليه اختلفوا قال ابو بكر محمد بن الفضل يشترط وقال غيره في زيادة لا يشترط
وحكمه حكم المثلث يحل شربه عندهما دون الشافعي ومحمد رحمهم الله ومن الاشربة التي يحل شربها الجمهوري وهو ان يطلى المثلث
بالخردل ويصب فيها العصير ويمضي على ذلك مدة فلم يشتد ولا يسكر كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير

فصل

في الحد القذف وهو في اللغة الرمي مطلقا ومنه قذف بالزبد وفي الشرع الرمي بالزنا يحد الحر قاذف المسلم الحر البالغ العاقل
العفيف اي العاري عن الزنا بصريح الزنا باي لغة كانت وقال مالك رحمه الله يثبت القذف بالتعريض ولو قذفه بلفظ آخر
كالجماع والباضعة حل او نحوهما لا يحد ثمانين سوطا وانما شرط الحرية والاسلام فلما هو في الزنا ثمانين سوطا لقوله
والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد به الرمي بالزنا بالاجماع والنص
ورد في المحصنات لكن الحكم في المحصنين كذلك لان هذا الحد دفع العار عن المقذوف وهو يشملهما
قيد المقذوف وصوبحتها بالاوصاف المذكورة لان العار انما يلحق لمن اتصف بها او طلبه المقذوف لانه المنتفع به حيث
دفع العار عنه فلا بد ان يكون الطلب بالقول حتى لو قذف الاخرس وطلب بالاشارة لا يجب الحد ولو انكر القاذف القذف
ولا يمين عليه كذا في الينابيع خلافا للشافعي رحمه الله بناء على اصله فانه حق العبد كذا في التحفة ويحد العبد اربعين جلدة
لان من اجزائه نصف جزاء الحر وينزع عنه اي عن القاذف الفرو والحشو لان بقاءهما مانع من وصول الالم ولا ينزع
عنه ثيابه اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن لاحتمال ان يكون القاذف صادقا ويفرق عليه اي على بدنه كما

ولو رجع عن اقراره بالقذف لم يقبل رجوعه بالاجماع لما فيه من ابطال حق المقذوف ويكتفى في اقراره مرة كما في ساير
الحقوق وقد ثبت ايضا بشهادة رجلين وشهادة رجل وامرأتين لا تقبل في الحدود لما مر ويطالب الميت
يقع القدح في نسبه بقذفه وهو ولده وولد ولده وان سفل ووالده ووالد والده وان علا وعن محمد انه يطالب
فقط كذا في المحيط كما اذا قال يا ابن الزانية وامه محصنة ميتة فلهم طلب الحد لان القذف يتناوله معنى والعار يلحق
من جهة فساد نسبه ولا يطالب الاخ يقع القدح في نسبه وقال ابو الليث كالوالد والجد وان علا والولد وولد
الولد وان سفل فثبت الحق لبنتي بنيه وبناته وابنات ابيه وليس لولد البنت المطالبة عند محمد رحمه الله ولحوق العار للميت
لحقيقة الولاد وليس للاخ والعم ولابن العم لعدم حقيقة الولاد وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد
القذف يورث عنده ونحن نغلب حق الشرع في حد القذف فحقان حق الشرع من حيث انه لاخلاء العالم عن الفساد
وحق العبد من حيث انه هو المنتفع باندفاع العار عنه والغالب حق الشرع عندنا ولهذا لا يستحلف فيه القاذف
ويغلب حق العبد عند الشافعي رحمه الله ويثبت المطالبة لكل وارث وهو قول مالك واحمد رحمهما الله ولهذا لا يبطل بالتقادم
بالرجوع في الاقرار اذ لا يحتاج صاحب الشرع ولنا ان الجمع بينهما ممكن فيدخل حق العبد في حق الشرع ويكون
مرعيا معه وانما لم ينعكس لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ولا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع وانما يستوفيه من ينوب
للشرع ولا نيابة ههنا وذكر في المبسوط وان كان المقذوف حيا غايبا ليس لاحد من هؤلاء ان يأخذ ولا صح عندنا خلافا
لابن ابي ليلى فلا تورث منه هذا هو ما عطف عليه تفريع على الخلاف السابق فاذا قذف غيره فمات المقذوف يبطل الحد عندنا
لان الارث لا يجري في حقوق الله تعالى ولا يبطل عنده وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيني لجريان الارث في
حقوق العباد ونحن لا نجيز العفو عنه اي عن حد القذف وعند الشافعي يجوز الاخير رواية عن مالك كذا في العيني وابي يوسف
مثل قولهم كذا في النوازل ولا للاعتياض عنه اي اخذ العوض عن الحد لان العفو واخذ العوض لا يجري في حق الشرع ويجوز
عنده لانهما يجريان في حق العبد ولو عفى المقذوف او صالح القاذف لا يصح عفوه بل له ترك طلبه حتى لو عاد وطلب يحد لان
العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم حتى لو كان لها ابن صغير يطالبه عند البلوغ عند الامام كذا في العيني ونحن نجيز التداخل
فلو قذف واحدا مرارا لا يحد الا حدا واحدا لا يتداخل عنده لكونه حق العبد حكي ان ابن ابي ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع رجلا عند باب المسجد
يقول لرجل يا ابن الزانيين فقال خذوه فاخذوه فادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاخبر ابو حنيفة
بذلك فقال عجبا من قاضي بلدنا اخطأ في مسئلة في خمسة مواضع الاول انه حد بلا خصومة المقذوف الثاني ان الحد الواحد
الثالث انه والى بين الحدين وكان ينبغي ان يفصل بينهما بيوم او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول الرابع انه حد في المسجد
وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم اقامة حدودكم الخامس انه كان ينبغي ان يعرف ان الوالدين حيان او ميتان فان
كان حيين فالخصومة اليهما وان كان ميتين فالخصومة الى الابن ونحن اجزنا طلب الابن الكافر والعبد بقذف الام

محصنا جاز للابن الكافر وابنه العبد ان يطالب عندنا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان القاذف لو قذف الابن الكافر والعبد ابتداء
لم يحد القاذف فكذا انتهاء ولنا ان التعيير على الكمال ثبت للمقذوف المحصن ولما قام الابن الكافر
او العبد مقامه في الطلب بسبب لحوق العار اليه اعتبر في الفرع صفة الاصل وهو التعيير على الكمال كما ان التراب قام
مقام الماء وسقط وصف التراب النصف بصفة الاصل وهو التطهير بخلاف ما اذا قذف نفس الابن الكافر او العبد
لان التعيير على الكمال منعدم فيه لفقد الاحصان في المقذوف واجزنا طلب الحد لولد الولد وان سفل بقذف الجد
اذا لم يطالب ولد المقذوف من الميت الحد فلولد الولد طلب الحد مع وجود ابيه وهو ابن المقذوف وقال زفر رحمه الله
ليس له ذلك لان العار انما يلحق بالاقرب فوجوده الخصومة كما في الكفاءة ولنا ان حق طلب الحد باعتبار لحوق
العار والولد وولده فيه سواء بخلاف الكفاءة فان حق طلبها باعتبار الولاية ولا ولاية مع وجود الاقرب ومنع
محمد رحمه الله ان يطالب بحد لابن البنت وقال ليس له ذلك لانه منسوب الى ابيه لا الى امه الا يرى انه لا يدخل في الوقف
لبني البنت اذا وقف على ولاده وهو في ظاهر الرواية وعليه الفتوى خلافا لمحمد والشافعي وقال لان الشين يلحق
لمن ينتمي الى الميت في ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد كريم الطرفين فان ولد البنت
لا يبقى كريم الطرفين اذا كان ابوه دنيا ولهذا لو قذفه فله حق المطالبة باعتبار انتمائه اليها ولذلك النسب الى الاب
ولا يطالب العبد مولاه ولا الابن اباه بقذف امه الحرة الميتة الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله كذا في العيني فاذا قال الابن
او لعبده يا ابن الزانية وامه الحرة ميتة لا يحد الاب ولا المولى لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده
فاذا سقط القصاص بقتلهما عنهما وان يقتص بسبب فالحد اولى بان يسقط مع احتمال الصدق قاذف من وطئ وطئا
حراما لعينه وهو وطء الاجنبية او المملوكة من وجه كالامة المشتركة او من كل وجه وحرمته مؤبدة كالامة المحرمة
عليه بالرضاع او بالمصاهرة بالوطء الثابتة بالاجماع او بغير شهود او كره على الزنا او وطء المنكوحة نكاحا فاسدا
او جارية ولده او الامة المستحقة وذكر الكرخي انه اذا وطئ امة وهي اخته من الرضاع او حرم عليه بالمصاهرة لا يسقط احصانه
كما لو وطئ المكاتبة او الامة المجوسية والصحيح ما ذكر في الكتاب لان الحرمة مؤبدة ففي هذه الصور يسقط احصانه لان
هذا الوطء حرام لعينه وان لم يأثم الا لكونه جاهلا او مكرها او كان مجنونا فلم يحد قاذفه لكونه صادقا واما اذا كان وطئا حراما
لغيره كوطء الامة او الامة المزوجة لغيره او المجوسية او المشتراة شراء فاسدا او الحائض او امرأة الذي ظاهر منها او
مملوكته الاختين او قذف مسلما زنى في كفره او نكح امه في كفره او مكاتبا مات عن وفاء كذا في العيني لا يسقط به الاحصان
فلا يسقط الحد لان الحرمة فيه على شرف الزوال فيحد قاذفه وناكح بنت ممسوسة بشهوة محصن فان مس امرأة
او قبلها او نظر الى فرجها الداخل بشهوة فثبتت الحرمة بغير الوطء فتزوج بنتها او لمست او لها ولو علق فرجها
لا يسقط احصانه فلا يحد قاذفه لانه وطء محرمة عليه ابدا كما لو وطئ اخته من الرضاع ولانه حرمة المصاهرة بالمس

احتياطا

ونحوه لا يثبت عند كثير من الفقهاء ولا نص فيه ولهذا الحكم حاكم اباحه ينفذ قضاؤه وانما يثبت عند البعض
اقامة للسبب مقام المسبب فلا يسقط احصانه والحرمة المصاهرة بالوطى فمنصوص عليها بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء الا ما قد سلف والنكاح في الوطى حقيقة فيسقط اعتبار الاختلاف مع النص كذا الخلاف في قاذف
مسلم نكح امه في كفره فلا يسقط احصانه فيحد قاذفه عنده وعندهما ما لم يسقط فلا يحد كذا في العيون واذا لاعنت
المراة بزوجها بولد اى بنفى ولد عنه سواء كان الولد حيا او ميتا سقط احصانها فلا يحد قاذفها لوجود امارة الزنا
منها لان الولد الذى لا اب له يكون من الزنا ولو لاعنت لا بنفى الولد لا يسقط احصانه ويحد قاذفها لعدم امارة الزنا
منها واللعان قايم مقام حد القذف في جانب الزوج وكان مؤكدا للعنه ولو نسب اى الولد الى جده او نفى عنه
اى الولد عن جده او ابيه او نسب ابا او الى عمه او امه او ابيه او خاله او زوج امه لا يحد بالاجماع الا في رواية عن ابى يوسف
في نسبته الى الجد عند اتهام امه او عند المشاتمة وقال اشهب يحد في نسبته الى العم او خال او امه عند المشاتمة وقال ابن
القاسم مطلقا كذا في العيون وقال يا ابن السماء او قال لعربى يا نبطى والنبط قبيلة سواد العراق ينسب اليهم من معهود
ذمة الواحد نبطى او نسبه الى غير قبيلته لم يحد الا عند مالك وان نفى في قول ولغير رواية يحد ولو نوى الشتم في يا نبطى
عن مالك يحد في نسبة لخفة العار عربيا او عجميا كذا في العيون اما في نسبة الى جده فلانه صادق فيه لانه منسوب اليه
ولده وكذا في نفيه عنه لانه ليس ابنه حقيقة وكذا في نسبته الى عمه او خاله او زوج امه فصار دعا ابيضا لقوله تعالى واله
ابائك ابرهيم واسمعيل واسحق كان عما له وقال عليه السلام الخال اب اما زوج الام فالاطلاق عرفى ولقوله تعالى ورفع
ابويه على العرش قيل انها كانت خالته او كون زوج امه ليس بشرط بل العبرة في التربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه
وهو ليس زوج لامه وجب ان لا يحد واما في قوله يا ابن السماء فلانه يراد به التشبيه في الجود والسناء والسطوة كان
لقب عامر ابن حارثة ماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم المقام المطر وسميت امراة امرا القيس وهي ام المنذر ماء السماء
لحسنها وصفاتها وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق واما نسبة العربى الى النبطى فلانه يراد به تشبيهه
في الاخلاق وعدم الفصاحة وحده محمد رحمه الله القاذف لقوله للرجل يا زانية وهو القياس لانه قذفه على وجه المبالغة لان
التاء قد تلحق بصيغة الرجل للمبالغة كالراوية لكثير الروايات والعلامة والنسابة وكان ادعى الى ايجاب الحد كما قال
للمراة يا زانى بحذف التاء فانه يحد بالاجماع وقالا لا يحد استحسانا لان معنى الكلام هو طلب امراة موصوفة بالزنا غير
متصور فيه فان التاء كلمة كما يحتمل المبالغة يحتمل التغيير بان شبهه لامراة زانية فلا يجب الحد بالشك واما في قوله لامراة
يا زانى فمعناه حقيقة متصور بان يكون التاء مرخمة وعكس محمد رحمه الله في زنات بالهمزة اى قال للرجل او لامراة كذا
قائلا لا يريد الصعود وقال لا يحد وهو قول ابى حنيفة كذا في العيون لانه نوى حقيقة لفظه لان زنات في اللغة يجى بمعنى الصعود
ولفظه في الصعود مستعمل كما قال الله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل وقالا يحد لان ظاهر اللفظ يدل على الفاحشة فلا يصدق

في دعوى ما يخالف الظاهر وهمزته يجوز ان يكون مقلوبة من الحرف اللين كما يلين الحرف المهموز ودلالة
الحال داعية الى ارادة القذف كذا لو ذكر في دعوى ان المناسب للصعود لفظ على كالاستعمال في بمعنى على مجازا لا
يصار اليه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد نظرا الى كلمة على الظاهر اللفظ وكون ما رجحناه اى الحد على المصدق اى
على من قال صدقت لمن قال لاخر انت زان وقال زفر رحمه الله يحد لان تصديق القذف قذف ولنا ان هذا التصديق
ليس بصريح بنية الزنا مع احتمال ان يرجع تصديقه الى الكلام الاخر سابق فيندرى بالحد حتى لو قال صدقت فيما
قلت يحد بالاجماع لارتفاع الاحتمال وقال ائمتنا والشافعى رحمه الله لا يحد لو قال في خصومة لست بالزانى ولا امى
انت قذفا وقال مالك رحمه الله هو قذف يجب الحد وهو قول احمد رحمه الله لانه تعريض بالقذف ويدل عليه عرفا فكل
كل تعريض بالزنا في حق هو ولنا ان ظاهر كلامه تزكية لنفسه له فلا يكون قذفا ولئن كان قذفا بالتعريض
والمقذوف غير متعين فيحتمل نسبته غير ما يتوهم انه مقذوف فلا يثبت الحد مع الاحتمال ولو قال يا زانى فقال
المقذوف لا بل انت حدا معا ولو قال لامراته يا زانية وقالت بل انت حدت ولا لعان ولو قالت زنيت بك
بطل الحد واللعان اللعنة لكن حدت كذا في العيون ولو اختلف شهود اى شهود القذف في مكانه اى مكان القذف
او زمانه فهى اى تلك الشهادة مقبولة عند ابى حنيفة وقالا لا تقبل الاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع والابراء
والاقرار والطلاق والعتاق او فعلا ملحقا بالقول كالقرض لم يمنع الاختلاف في الزمان والمكان قبولها بالاجماع
وان كان فعلا كالغصب والجناية او قولا ملحقا به كالنكاح فالاختلاف مانع بالاجماع والاختلاف فيما عدا ذلك على
الاختلاف لهما ان القذف في هذا المكان غير القذف في الاخر وكذا في الزمان فلم يتم البينة على قذف واحد فصار كما
لو اختلفا في اللفظ بان شهد احدهما انه قذفه بالعربية والاخر بالفارسية وله انهما اتفقا على لفظ القذف واختلفا
فيما لو سكتا عنه لا يضر لهما القاضى فيقبل شهادتهما كما لو شهد احدهما انه قال زنيت وشهد الاخر انه قال
زنيت بزينب واما اختلافهما في اللفظ فاختلاف في السبب لو اختلفا في الاقرار والانشاء لا يقبل بالاجماع كذا في
التتمة وان قال المدعى لى بينة حاضرة في المصر على صحة ما قذفنى قال ابو حنيفة رحمه الله يحبس القاذف الى قيام القاضى
من مجلس الحكم ولا يؤخذ منه كفيلا بنفسه وقال ابو يوسف رحمه الله يؤخذ منه كفيلا كما في ساير الحقوق ولو اقام
المقذوف شاهدا واحدا عدلا حبس القاذف جس الحكم عند ابى حنيفة رحمه الله وكذا ان اقام شاهدين لا يعرفهما
القاضى وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحبس بشاهد عدلا كان او غير عدل طلب الحبس او لا فان ادعى القاذف ان له
شهودا غيبا وطلب التاجيل لم يؤجل وان ادعى ان شهوده حضور في المصر اجلهم الى قيام من المجلس فان لم يبعث
الى الشهود فيحضرهم وان لم يجد من يبعث اليهم وروى عن محمد رحمه الله انه يبعث الحاكم ويبعث من يحفظه من الهرب وان لم يقم
على كل بينة والمقذوف محصن اقام جلد الحد كذا في الينابيع فان ضرب بعض الحد وحضر الشهود بما قذف بطل الحد

الباقي وقبل شهادته وان شهدوا بعد اقامة الحد على صدق مقالته تقبل شهادتهم في حق الشهادة حتى لا ترد
شهادة المحدود في القذف كذا في التحفة ولا ترد شهادة المحدود فيه اى في القذف وان تاب عن جريمة القذف
وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لان الله تعالى استثنى التائبين عقيب النهي عن قبول شهادتهم بقوله الا الذين تابوا
ولنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وذلك بالتأبيد يدل على انها لا تقبل في كل حال والاستثناء منصرف الى ما
يليه وهو قوله تعالى اولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا وهو اى المحدود من ضرب القاذف بسوط واحد عند ابي حنيفة رحمه الله
في رواية سواء كان القاذف مسلما او ذميا ضرب بسوط واحد بعد اسلامه وضرب باقيه قبل الاسلام وهو ظاهر الرواية
في الجامع الصغير والذي في المسلم فيلزم ان يكون السوط الواحد حدا او يكون عدم القبول حدا على حدة ببعض تكميل
لان القاضي انما يحد القاذف اذا عجز عن اربعة شهود فالعجز يظهر بضرب سوط فعلى هذا يكون الاستثناء من قوله
والذين يرمون المحصنات او باكثره اى بضرب اكثر الحد في رواية اخرى عنه وهو ظاهر الرواية لان للاكثر حكم
الكل او بتمامه اى بضرب تمام الحد في رواية اخرى عنه وبه قالا لان الجلدات حيث هي لا يتجزى فيتعلق الحكم
بجميعها وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا قذف ذمي محصنا فلما ضرب سوطا واحدا ثم اسلم فتمم الحد عليه جازت شهادته
عندهما لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له وصفة الشيء انما تجب بعد وجود ذلك الشيء والمتمم بعد الاسلام
بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعنده لا يجوز في الروايتين الاوليين وتقبل شهادته بعد الاسلام
فان حد الذمي الكافر في قذف ترد شهادته في زمان الكفر لانه ثبت بنص عام لا يفصل بين المسلم والذمي
ثم اسلم قبلت شهادته لانه بعد الاسلام ثبت شهادة اخرى وهي التي على المسلمين فلا يلحقها الرد
لانها لم تكن موجودة قبل وقت الحد وتقبل عند الذمي ايضا تبطل للمسلمين وانه لم تقبل للذمي قبل الاسلام فمحل
النص لا العتق فان حد العبد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لان العبد لم يكن له شهادة وقت الحد فلا محل
للشهادة بعد العتق

فصل

ولو قذف امة او عبدا او كافرا بالزنا او قال للمسلم يا فاسق او يا خبيث
او يا كافر او يا منافق او يا لوطي او يا اكل الربوا او يا شارب الخمر او يا ديوث او يا قرطبان وهو الذي يرى مع
امرأته رجلا فيدعه خاليا بها او يا حرام زاده عزر ولو ادعى انه له بينة حاضرة يجبر على التكفيل ثلاثة ايام
لان التعزير حق العبد يسقط بعفوه ويحلف فيه ويثبت مع الشبهات ولا يسقط بالتوبة فتقبل فيه الشهادة
على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي كذا في مجمع الفتاوى وفي التحفة ولا يؤخذ فيه الكفيل ولا يثبت بشهادة النساء
مع الرجال ظاهر الشهادات على الشهادة وعن محمد رحمه الله انه يؤخذ فيه الكفيل وتقبل الشهادة على الشهادة وشهادة النساء
مع الرجال وروى عنه تقبل في حق الحبس الى تمام التحري ولا يقبل في حق الضرب اتمام الحد لان القذف في الثلثة الاول
وقع بغير محصن وفي البواقي وقع بغير الزنا ولكن لما لحقه الشين للمقذوف وجب التعزير من العزر وهو الرد

وهو مشروع لقوله تعالى واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تاديبا ولما
روي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا خبيث اعلم ان الالفاظ الدالة على القبايح لا يعد ولا يحصى فالواجب ان
يذكر لها ضابطا يعرف به احكام جميعها وهو ان يلحق الشين والعار بها المقول له وذلك يختلف باختلاف الاشخاص
ولهذا لا يعزر بيا حمار ويا كلب ويا قرد ويا بليد ويا سيء الخلق وقبيح الوجه الا ان يقال للانسان شريف فلا يعزر
بالامر الطبيعي سواء كان صريحا او كناية بخلاف الارذال لا يتفوهون بمثل هذه الكلمات كثيرا او لا يبالون ان
يقولون لهم او قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لان العالم يلحق بهذا القذف كونه كذبا صريحا وقيل يعزر
في ديارنا لان هذا اللفظ تذكر للشتيمة فالقول الاول هو الصحيح ولو قال يا ابليس او ديا بخر او يا مصلب وما شاكل
يجب الحد لان هذه العبارات كلها منبئة عن كونها لا يتعرف كذا في الحقائق وقيل يعزر ان كان شريفا كالعلوي
والعباسي والفقيه لان الوحشة تلحقه بذلك وكذا لا يعزر بقوله يا ناكح امه او يا سخرة او يا ابله اذ لا يراد بهذه الالفاظ
الشتيمة واما العامي فلا يبالي به وهذا التفصيل احسن ما قيل ويقدر اكثره ابو يوسف رحمه الله اكثر التعزير عنده
لا حد لاكثره وهو مفوض الى راي الامام كذا في العيون بخمسة وسبعين سوطا في رواية وفي رواية اخرى بتسعة وسبعين وعندهما
يقدر ان تسعة وثلثين وعند الشافعي رحمه الله اكثره تسعة عشر واقله ثلث كذا في العيون والاصل فيه قوله عليه السلام
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين معناه من اتى احدا في موضع لا تجب فيه الحد فهو من المتجاوزين فتعذر ان
يبلغ عدد التعزير عدد الحد بالاجماع الا ان ابا يوسف رحمه الله اعتبر حد الاحرار اذ الحرية هو الاصل ولانه ذكر
الحد مطلقا فينصرف الى الكامل وحد العبيد ليس بكامل وهو نصف الحد واقله ثمانون فينقص منه سوط وهو
وهو قول زفر رحمه الله في رواية الكتب عدله فيها عن القياس فينقص خمسة اسواط لما روى عن علي رضي الله عنه انه فعل كذلك او
عندهما اقل حد العبيد لانه تحكم في ثمن لان الحدود لا يتجزى الا انه نصف الحد عند المقابلة وبه لا يخرج من ان يكون
حدا واقله اربعون فينقص منه سوط ولا ينقص في الاقل اي قل عدد التعزير عن ثلثة اي جلدات ثلث لان الزجر
لا يحصل بما دونها والاولى ان يفوض الى راي الامام كما اختاره بعض المشايخ لان ذلك يختلف باختلاف الناس كما
اختاره بعض المشايخ لان ذلك يختلف باختلاف الالم وعن ابي يوسف رحمه الله يقدر بعظم الذنب وصغره لما به فان كان
مما يجب حد القذف عند الاحصان وشرائطه نحو ان يقول لذمية او ام ولد او الغيرات زانية فانه يعزر اقصى التعزير
لانه قذفها بالزنا ولم يجب حد القذف لعدم الاحصان فيجب اقصى التعزير وان كان مما لا يجب به حد القذف عند
الاحصان نحو ان يقول يا سارق يا خبيث يا فاسق يعزر ويكون مفوضا الى راي الامام كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان
فان راى الامام الحبس بعده اي كالضرب لان الحبس يصلح تعزيرا ولهذا جاز الاكتفاء به فجاز ضمه ايضا فعل كما روي ان النبي عليه السلام
حبس رجلا للتعزير وجاز ان يضم الحبس الى الضرب وفي تعزير العلماء والعلوية ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا

بالنظر بوجه عبوس وتعزير الاشراف والدهاقين بالجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وفي الاوساط وهم السوقية
الجر والحبس وفي تعزير الاخسة الضرب مع كل ما سبق وعن ابي يوسف ان التعزير باخذ الاموال جائز وقال مولانا خاتم
المجتهدين مولانا ركن الدين معناه انه ياخذ ويودع فاذا تاب يرد عليه كما في خيول البغاة وسلاحهم وصوبه الائمة
ظهير الدين الترتاشي الخوارزمي كذا في البزازية ويقدم التعزير في شدة الضرب اي يكون ضربا اشد لانه شرع للزجر
وقد خفف من حيث العدد فيغلظ من حيث الصفة ثم حد الزنا وهو اشد من ضرب الشرب لانه ثبت بكتاب الله
وهو اعظم جناية ولهذا شرع فيه الرجم وحد الشرب يثبت بالاجماع ثم حد الشرب لان سببه متيقن وان ثبت بالاجماع
ثم حد القذف وان ثبت بالكتاب لان سببه يحتمل لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعند مالك رحمه الله
سواء وعند احمد هو اشد حد الزنا اشد من التعزير كذا في العيون ويعزر الزوج اي يجوز له تعزير زوجته على تركها
الزينة وتركها غسل الجنابة والخروج من المنزل وترك الاجابة الى الفراش لان منفعة الضرب بهذه الاشياء تعود
الى الزوج وفي النهاية ينبغي ان يعزرها على ترك الصلوة لان المنفعة عائدة اليها فمن مات من الحد او التعزير فدمه
هدر لان اقامتها واجبة فلا ضمان في الواجب وعن ابي يوسف ان القاضي اذا زاد على مائة بان يرى ذلك مصلحة
فمات يجب نصف الدية على بيت المال لانه مات بفعل ماذون وغير ماذون فيتنصف ولو مات من الضرب بهذه الاشياء الزوج
يضمن لانه مقيد بوصف السلامة وان كان مباحا ولا يشكل بعدم تقيد المباح بوصف السلامة عند ابي حنيفة ومحمد
فيما اذا جامع امرأته فماتت من الجماع او افضاها لم يوجب الضمان لان منافع البضع كانت مضمونة بالمهر ابتداء فلو وجب
الدية بموتها لزم ايجاب الضمانين بمضمون واحد وعند ابي يوسف هو ان يضمن الدية

فصل

في السرقة وهي في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستتار سميت بذلك لان السارق يطلب غفلة صاحب
المال وفي السرقة الكبرى يجب القطع باخذ مال في مكان لا يلحق الغوث وقاطع الطريق يطلب غفلة من التزم حفظ ذلك المكان
وهو السلطان لانه المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى سارق المال عن اعين المالك او من يقوم مقامه كا
لمودع والمستعير ويجب القطع باخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان او حافظ لا شبهة فيه
والشرط ان يكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل على دار انسان فسرق وهو يزعم ان المالك لا يعلم قطع وان زعم
انه يعلم لا يقطع لانه اخذ جهرا ولو دخل اللص دار انسان يزعمون ويجيئون فهو بمنزلة النهار كذا في المحيط فاذا سرق
قدر عشرة دراهم تبرا او قيمتها اقل من عشرة مضروبة او سرق ما دون العشرة ثم يعد عيبا حتى يرد العبد به على بايعه
فلا يقطع يد السارق فيهما وقد نبهت على اوصاف شرطت فيها على ما اشار اليه بقوله اذا سرق بالغ عاقل اي انسان
ما فوقه تحرزا عما كسبا نكالا لا النكال لا يكون الا بالجناية وهي لا تتحقق بدون العقل والبلوغ من حرز
اي ممنوع لا يصل اليه يد الغير سواء كان المانع بناء او حافظا نصابا او ما قيمته نصابا وهو عشرة دراهم مضروبة

او ما يبلغ قيمته اليها والمعتبر وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة لانه مال خطير وما دونه حقير والانسان يحفظ
الخطير لا الحقير وقال اصحاب الظواهر يقطع بالحقير ايضا وقد نقل ذلك عن الحسن البصري لان القطع في الاية
يترتب على السارق والسرقة يتحقق في القليل والكثير فاشتراط النصاب يكون زيادة على النص وهي نسخ لكنا
نقول السرقة لا يتحقق الا بمال مملوك محرز لان اخذ المباح سمي اصطيادا او احتطابا وكذا ما ليس بمحرز لا يكون
سرقة او لعدم مسارقة عن اعين الحافظ فكان اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الاحراز فكان المال المحرز شرطا بالنص
والاحراز انما يكون في المال الخطير دون الحقير وما روي انه عليه السلام لعن السارق يسرق البيضة فيقطع يده ويسرق
الحبل فيقطع يده والبيضة قد لا يساوي اكثر من فلس قيل ان هذا في الابتداء لزيادة التغليظ والتشديد ثم
نسخ بالاثار المشهورة في اعتبار النصاب لا شبهة فيها اي للسارق في ذلك النصاب فلو كان له شبهة في المسروق
كما اذا سرق من بيت المال او في الحرز كما اذا سرق من بيت اذن للناس للدخول فيه كالحمام والرباط لا يقطع
لان الحد يندرئ بالشبهة ونحن نقدره اي النصاب الذي يقطع اليد بسرقته بعشرة دراهم مضروبة او ما هي
الى العشرة دراهم قيمته لان اسم الدراهم لم يطلق الا على المضروب منها في العرف وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
اذا سرق عشرة دراهم مما يروج بين الناس يقطع وهذا يدل على ان المضروب وغير المضروب في ذلك سواء وفيه دلالة
على ان الاعتبار في القيمة بالدراهم وان كان المسروق ذهبا ولو سرق دراهم مغشوشة والفضة غالبة لا يقطع في
ظاهر الرواية وهو الاصح والعبرة في نصاب السرقة للنقرة لا للذهب كذا في البزازية لا بربع دينار رد لقول الشافعي
فانه قال ان النصاب المذكور فيها مقدر بربع دينار لما روي ان النبي عليه السلام قطع يد سارق في ربع دينار وكان
الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها وكان قوله قول مالك رحمه الله ولنا قوله عليه السلام
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وما روي ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في ثمن المجن واختلفوا في
تقديره مع اتفاقهم ان النصاب مقدر به وقال مالك رحمه الله ثلثة دراهم لان اقل ما قيل في ثلثة لانها المتيقن وقال الشافعي
قال الا انه هو ربع دينار وقال اصحابنا عشرة دراهم لان المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد النبي عليه السلام
يساوي عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما ويؤيده ما روي قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم
فالاخذ بكثير النصاب في الحد لان في الاقل شبهة عدم الجناية وجودتها اي جودة الكل العشرة شرط عند ابي حنيفة رحمه الله
حتى لو سرق عشرة دراهم زيوفا لا يقطع لان نقصان الوصف مؤثر في نقصان المالية فصار نقصانه كنقصان
القدر فلا يقطع لهذه الشبهة ويخالفه ابو يوسف ابا حنيفة رحمهما الله في الزيوف الرائجة وقال يقطع في سرقتها لانها
كانت رائجة فصارت كالجيدة فشهد عليه اي على السارق انه اخذ رجلان اثنان وشهادة النساء غير مقبولة في
الحدود فيجب ان يسال الامام عن الشهود لانه صار متهما بالسرقة فلا يمكن التوثيق بالتكفيل فيسألان عن ماهيتها اي

سألها القاضي عن ماهية السرقة لانها تطلق على تخفيف الصلوة كما قال النبي صلى الله عليه وسلم ان اسوأ الناس سرقة من
سرق من صلوته وعلى الاستماع خفية كما قال الله تعالى الا من استرق السمع وعن كيفيتها لانها تختلف باختلاف الحال
حتى من ادخل يده من النقب واخذ شيئا لا يقطع وعن زمانها لاحتمال ان يكون في زمان الصبي هذا اذا ثبتت بالبينة
واما اذا ثبتت بالاقرار فلا يحتاج الى السؤال عن الزمان لان التقادم غير مانع عن صحة الاقرار كذا في المحيط وعن
مكانها لاحتمال ان يكون في دار الحرب ومن ثبت اذن له في دخوله ولا بد ان يسألها عن المسروق ايضا اذا لم يكن
حاضرا في مجلس الحاكم لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم او احد الزوجين او اقر مرة بسرقته فاقراره مرة معتبر عندهما
ويعتبر ابو يوسف رحمه الله الاقرار مرتين وهو قول زفر واحمد رحمهما الله كذا في العيون لان الموضع موضع الاحتياط
ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص والقذف واما تكراره في الزنا فعلى خلاف القياس وقال
محمد رحمه الله لما لم يقطع بالمرة الاولى لم يقطع بالمرة الاخرى اصلا لان الخصومة انقطعت بالاقرار مرة كما لو رد
المسروق فلم يكن الاقرار الثاني بعد انقطاع الخصومة مفيدا قطعت يمينه اي يمين السارق وهو جواب لما
سرق من الزند وهو مفصل طرف الذراع في الكف كذا في الصحاح واما القطع فلقوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما واما اليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما واما كونه من الزند فلانه عليه السلام
امر بقطع السارق منه وحسمت لئلا يتلف وهو لا يهلك بعد خصومة المسروق منه وهي شرط للقطع لاحتمال
ان يهب المسروق فيسقط هذا اذا اشار المالك القطع وان قال انا اضمنه لم يقطع عندنا كذا في الكافي ونحن
قطعنا بدعوى المودع والمستعير والمضارب فاذا سرق من هؤلاء وادعوا عند الحاكم واثبتوا السرقة بالبينة وبعد
حضور هؤلاء لو سرق منهم لم يقطع مع غيبة المالك وقال زفر رحمه الله لا يقطع وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون وكذا الخلاف
في المرتهن والمستبضع والقابض على سوم الشراء لان شبهة التمليك من المالك ثابت لاحتمال ان يبيع واحتمل ان يتعلق
بملك المسروق وبكونه ماذونا له بالاخذ فلا يقطع ولنا ان السرقة يثبت بحجة عقيب خصومة معتبرة لان
لهؤلاء حق الخصومة لاعادة يدهم في اليد وما ذكر من الشبهة غير معتبرة لان المؤثر منها ما هو موجودة في الحال
لا ما هي موهومة في الحال ولهذا يقطع بالاقرار مع توهم رجوعه في الاستقبال وتركنا الخلاف مع ان فيه كما ذكر في
المنظومة في انه لا يقطع بالسرقة من يد المستودع الا انه قال في الوجيز ويقطع بسرقة المال من يد المودع والوكيل
والمرتهن وهو المعتمد في نفسه لو سرق من السارق لا يقطع بطلب المالك او لا بطلب السارق بعد قطعه الا عند
في قول يقطع بطلب المالك فقط ولو سرق من الغاصب لا يقطع بطلب الغاصب عند الثلثة كذا في العيون فان ثنى اي سرق
مرة ثانية قطعت رجله اليسرى من المفصل لانه عليه السلام امر بقطعها حين عاد اليها ثانيا وانعقد عليه الاجماع وحسمت
لما مر وان ثلث اي سرق مرة ثالثة خلد حبسه حتى يتوب ويظهر عليه سيماء التائبين ونحن لا تقطع يده اليسرى ثم رجله

اليمنى في الرابعة وقال الشافعي رحمه الله اذا سرق في المرة الثالثة يقطع يده اليسرى ثم رجله اليمنى في المرة الرابعة
وان عاد يحبس ويعزر بعد ذلك خامسا وهو قول مالك رحمه الله لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه وان عاد فاقطعوه
وان عاد فاقطعوه وان عاد فاقطعوه ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه قال فيمن سرق ثلث مرات اني لاستحيي من الله
لا ادع له يدا يأكل بها او يستنجي ولا رجلا يمشي عليها وقف المحاجة بذلك بينه وبين الصحابة رضي الله عنهم فانقادوا
اليه وانعقد اجماعهم عليه وما رواه قد طعن الطحاوي وغيره من نقاد الحديث ولا يقطع يمين السارق اذا كانت
يده اليسرى او رجله اليمنى شلاء او مقطوعة لان يده اليمنى ان قطعت حال كون يده اليسرى شلاء او مقطوعة
فات عنه منفعة البطش بالكلية او حال كون رجله اليمنى شلاء او مقطوعة فات عنه المشي فصار في حكم الهالك والحد
شرع زاجرا لا متلفا وكذا لا يقطع لو كانت ابهامه من اليد اليسرى او الاصبعان منها شلاء او مقطوعة غير الابهام
فيه لان منزلة الابهام في حق البطش وان لم يحصل فوات الاصبعين كفوات الكل في جواز التكفير لان البطش يفوت
عنه بخلاف الواحدة غير الابهام فانها اذا كانت مقطوعة او شلاء يقطع لعدم فوات البطش وعند الثلثة يقطع يمين
السارق الا في رواية عن احمد كذا في العيون وقطع اليسرى مأمورا باليمين غير ضامن مطلقا عند ابي حنيفة رحمه الله وضمنه
في العمد اذا امر القاضي الجلاد بقطع يمين السارق فقطع يساره عمدا لا يضمن عنده وعندهما يضمن لانه خالف امر الحاكم و
قطع يدا معصومة عمدا فكان ينبغي ان يجب القصاص وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله بشرط طلب المسروق منه كذا في العيون
لكنه سقط للشبهة فيغرم ارشه وله ان يمين السارق كانت مستحقة الاتلاف فقطع اليسرى كان اتلف اليمنى لان مقطوع
اليد لا يقطع فصار كانه حصل له ما هو خير منها فلم يكن متلفا معنى كمن يشهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع
وهذا الخلاف في ضمان الارش واما ضمان المسروق فواجب عليه بالاجماع لان الضمان انما يسقط عنه اذا وقع القطع
حدا وهنا لم يقع ولو قطع واحد قبل ان يأمر القاضي بالقطع يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ بالاجماع ولو
قطع غير المأمور اليسار بعد امر الحاكم بالقطع لا يضمن عنده في الصحيح كذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير ولو
قال الحاكم اقطع يده فقطع يده اليسرى لا يضمن بالاجماع لان اليد تطلق عليها وكذا اذا اخرج السارق يساره
فقال هذه اليمين لانه قطع بامره فلا يضمن ولو قطعها خطأ لا يضمن بالاجماع سواء كان مخطئا في الاجتهاد في ان الرقبة
كون اليد مذكورة فيها مطلقا او في معرفة اليمين واليسار وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس
لان الخطأ في حق العبد غير معفو قلنا خطأ المجتهد معفو بالاجماع واما خطأه في معرفة اليمين واليسار فلانه يجعل
عفوا فيجعل عذرا دفعا اذا قال اخرج يمينك فاخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن عند زفر رحمه الله ايضا
والشهادة على السرقة بعد مدة مع الاختلاف في لونها مقبولة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تقبل وهو قول الثلثة كذا في العيون
اذا قال الشاهدين كما لو اختلفا في الذكورة والانوثة والغصب ولنا ان السرقة تقع في الليل غالبا واللون فيه يشتبه

فيمنع التفاوت في شهادة لون المسروق لاحتمال ان يكون كل من الشاهدين لحسن منها لونا بخلاف الذكورة والانوثة
لانها لا يحان من بعيد بخلاف الغصب لانه يقع في النهار غالبا فيتمكن الشاهد من الاحتياط في تحمل الشهادة
ولو اقر عبد محجور بسرقة نصاب معين من فلان وكذبه مولاه فقال هذا ذلك النصاب مالي فالواجب القطع والرد
اي رد النصاب الى المسروق منه عند ابي حنيفة رحمه الله لان اقراره بالسرقة عائد في حق القطع صحيح فيصح في حق المال بناء عليه
ويقطع اي يامر ابو يوسف رحمه الله بقطع يده ويجعل المال للمولى ولا يرد الى فلان لان اقراره في حق القطع اقرار على نفسه وهو
غير متهم فيصح وفي حق المال اقرار على مولاه فلا يصح فيؤاخذ به بعد العتق ووافق محمد رحمه الله في الثاني وقال يكون المال
للمولى وفيه اشارة على انه خالف ابا يوسف رحمه الله في الاول اي في القطع فالموافقة والمخالفة رجحان الحكم لابي يوسف رحمه الله
لانه اقرب المذكورين لان المال اصل والقطع تابع ولهذا لا يسمع الخصومة في القطع وحده ويسمع في المال وحده
فاذا بطل اقراره في الاصل بطل اقراره في التابع ولو كان العبد ماذونا يقطع بالاجماع في القائم والمستهلك لان
اقراره بالقائم صحيح فيصح في حق العبد تبعا ولو اقر بمال مستهلك يقطع بالاجماع وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه
كلها لان اقراره كلها وارد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى فلم يتعد الى غيره الا ان الماذون يؤاخذ بالضمان وبالمال لصحة
اقراره بتسليط المولى اياه على ذلك ولنا ان العبد من حيث انه ادمي مكلف ولا اقرار بالجناية من خواص الادمية
لانه مبني على التكليف من خواص الادمية فكان اقراره بالجناية كاقرار الحر بها ثم يتعدى اقراره بالمال ضمنا وتبعا ولو
صدق المولى فيه المال على ذلك بالاجماع كذا في الحقايق فاما قطع السارق والحال انه هي العين كاينة في يد السارق
ردت الى مالكها لقيام ملكه فيها او هي العين مستهلكة اي استهلكها السارق لم يضمن وهو المشهور وهو رواية عن ابي يوسف
لقوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه واذا لم يضمن بالاستهلاك فاولى ان لا يضمن بالهلاك والضمانة
رواية وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استهلكها ولا يضمن لو هلكت والشافعي رحمه الله يجمعوا بينهما اي
بين القطع والضمان ليساره وقت القطع وقال مالك رحمه الله يجمع لو كان السارق موسرا من حين السرقة الى وقت القطع
والا فلا نظرا الى الجانبين وهو قول ابن القاسم صاحبه رحمه الله وقال الاشهب يشترط يساره الى زمان علم السرقة
ولنا ان سبب الضمان امر وجد فالاعسار لا يمنعه لان اثره في التاخير لا في المنع وان لم يوجد اصلا فهو منعه مطلقا
وقال الشافعي رحمه الله يضمن السارق سواء هلك المسروق او استهلكه لان محل القطع اليد وتحقه موامه وسببه الجناية
على حق الله وهو ترك الانتهاء عما نهي عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اخذ مال الغير بغير اذنه فلما
اختلف الضمان محلا ومستحقا وسببا فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كايجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي وكما
صيد مملوك في الحرم فانه يجب قيمته لحق المالك وقيمة اخرى لحق الحرم ولنا ان القطع اذا وجب كان عصمة المال منتقلة
الى الله تعالى قبيل السرقة مستندا متصلا بها فلم يبق للعبد حق فيه فصار حراما لعينه كالخمر والزنا فيكون القطع خالصا
حق الله فلا يجب ضمانه لوقوع الجناية على حق الشرع والخصومة انما شرطت لاظهار السرقة لانه لا يظهر بيضا ولهذا

لو وجدت من غير المالك كالمودع والغاصب والمكاتب اكتفى به وانما انتقلت عصمته الى الله تعالى على استيفاء القطع لانه
لو بقي للعبد في المسروق حق لكان مباحا لذاته وحراما لاجله لان المحرم لحق العبد حرام لغيره لا لنفسه فيكون مباحا في نفسه
مطلقا فيقوم باحته الذاتية شبهة ولا يجب الحد فيلزم فيه وقوع الحد وهو القطع مع وجود الشبهة الدارئة فلا بد
من جعل الحرمة حقا للشرع وفي الرواية الاخرى عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاستهلاك فعل اخر غير السرقة فلم يكن الضرورة داعية
الى انتقال العصمة الى الله تعالى في حقه فيضمن فيه ولو حضر احد جماعة من المسروق منهم فقطع له وقطع بخصومته بالاجماع فهو
اي السارق المذكور غير ضامن لها فيها عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا اي ضمان لاحد فيقع القطع للحاضر منهم والغائب
جميعا واوجباه في غير التي قطع لها وهو قول الثلاثة كذا في العيون فيضمن لغير السرقة التي قطع لها من غير الحاضر منهم
لانه سقط الضمان مع القطع وهو حصل بخصومة الحاضر فقطع لخاصته ولم يكن هو نايبا عنهم فبقيت اموالهم معصومة
على حالها فيضمنها لهم وله ان الواجب حق الله تعالى بقطع واحد عن الكل لان مبنى الحدود على التداخل وشرط السرقة
وهو الخصومة وجد عند القاضي وموجبها وهو القطع واحد فاذا استوفى كان واقعا على الكل لعود منفعته
اليهم فارتفع الضمان كما لو حضروا جميعا وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا مرارا فخاصمه في بعضها فقطع
لنصاب لاحد ولو اشترك جماعة في سرقة فحصل لكل واحد منهم نصاب سرقة قطعوا بالاجماع لكمال السرقة في حق كل
واحد منهم او لكلهم نصاب اي اذا اشتركوا في سرقة نصاب واحد فاتمنا والشافعي رحمه الله لم يقطعوهم وهو مذهب
عبد الملك ابن الماجشون من المالكية وقد روي عن ابن الماجشون يقطعون على كل حال وهو المذكور في المتن لانهم صاروا
سارقين ولنا ان كل واحد منهم لم يصر سارقا لعدم كمال النصاب في حقه ولو حكم به اي بقطع ذلك السارق بملك
السارق المسروق بالبيع او غيره قبل القطع او قطع السارق في سرقة عين وهي قايمة ردت الى مالكها فعاد
مسروقها والحال ان المسروق هي هي اي لم يكن متغيرا لم تقطع وقال الشافعي رحمه الله في المسئلتين يقطع لان في
المسئلة الاولى ان السرقة السابقة والحكم موجبها لا يبطل بالملك الحادث بعده وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وهو قول زفر ومالك واحمد رحمهم الله كذا في العيون ولنا ان الامضاء في باب الحدود وهي قيمة القضاء فاذا ملكه بعد القضاء
قبل الامضاء سقط القطع كما لو ملكه قبل القضاء وله في المسئلة الثانية انه سرق نصابا محرزا فيقطع
كما لو سرق غيره ولنا ان عصمة هذا المال سقطت في حقه بالقطع فيه فلا يقطع بسرقة ثانيا بعد العود الى المالك
لان المالك والمحل واحد بخلاف ما اذا سرق غيره لان عصمة المال قائمة في حقه ولو ملكها السارق قبل حكم الحاكم
بالقطع لا يقطع بالاجماع ولو نقصت قيمته لا يقطع الا عند محمد وزفر رحمهما الله والثلاثة فيقطع عندهم كذا في العيون ولو تغيرت
المسروق بان كانت غزلا مثلا فقطع فنسجه المالك بعد الرد عليه فسرق ثانيا قطع بالاجماع لان الحكم بوجوبها لا يبطل
بالملك الحادث بعده ولو ادعى السارق تملكها اي العين المسروقة لم يقطع وان لم يقم بينة لان دعواه محتملة للصدق

فيكون شبهة دارية للحد وقد ذكر في العيون خلاف الشافعي رحمهما الله فيحلف المسروق منه فلو حلف يقطع والا فلا
والمذكور في الوجيز ولو قال السارق سرقت ملكي سقط القطع بمجرد الدعوى لانه صار خصما في المال فكيف يقطع بحلف غيره
فلذلك ترك المصنف الا ان في الخلاف ولو سرق اثنان ثم قال احدهما الملك لم يقطعا وعند الثلثة قطعا ولو سرقا في
احدهما وشهد لصاحبه سرقتها قطع الحاضر بالاجماع كذا في العيون ولو صبغه السارق المسروق احمر ثم قطع يده لم يؤخذ منه
اي الثوب من السارق ولم يضمن اي الثوب عندهما وقال محمد رحمه الله يأخذ المالك الثوب مع ضمان الزيادة له اي يضمن المالك
مثل الثوب ويضمن قيمته اذا الصبغ فيه لان الثوب قائم متصل بمال غيره فيأخذه لكونه اصلا ويضمن قيمة الصبغ لانه تابع
كما في الغصب ولهما ان الثوب حق المالك والصبغ حق السارق فلما تعارضا رجحنا جانب الصبغ لانه قايم صورة ومعنى والثوب
قايم صورة لا معنى لانه غير مضمون على السارق اذا هلك بخلاف الغصب لان الثوب فيه مضمون على الغاصب اذا هلك فصار
قايما معنى فلما استويا من هذا الوجه رجح جانب المالك لهذا ولانه رجل سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرج وكان
يساوي عشرة دراهم بعد الاخراج فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا من
الحرز واما الضمان فلوجود العيب ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب بالاتلاف قبل
الاخراج والقطع باخراج الباقية كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب ولئن كان الخرق
فاحشا خير المالك ان شاء ضمنه قيمته وان شاء اخذ الثوب فلو ضمنه لا يقطع لانه ملك المسروق بالضمان من وقت
الاخذ فيستند السرقة على ملكه وان اختار الثوب قال ابو حنيفة رحمه الله يقطع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع وذكر
ابن سماعة الخلاف على عكس هذا والاول اصح كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير او صبغه اسود ثم قطع فللمالك
اخذه مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله لان السواد نقصان عنده كما في الغصب وعندهما ابو يوسف رحمه الله المالك من الاخذ لان السواد
زيادة عنده فرجح جانب السارق لما ذكرنا في الحمرة وجعل محمد رحمه الله السواد كالحمرة فيأخذه ويضمن الزيادة له

فصل

فيما يقطع في سرقته وفيما لا يقطع وفي الحرز وكيفية القطع لا قطع في المباح الاصل كما اذا سرق الثمار الرطبة على الاشجار والزرع
لم يحصد والحطب والسمك والطير والزرنيخ ونحوها او المعرضة للفساد اي لا يقطع فيما اذا سرق ما يتسارع اليه الفساد
وكاللحم واللبن والاشربة الغير المسكرة كالعسل ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يقطع بكل حال لو كان قيمته نصابا الا في
التراب والسرقين والاشربة المطربة وهو قول مالك ولهما رحمهما الله انه سرق مالا محرزا وغفلا في ناقد الحال الا انه ممنوع
كمال ماليته لحال الرغبة والعزة وتعلق المصالح ولهذا اصلح هذه الاشيا صداقا ولنا ان ترك العامة في مباح
الاصل قبل الاحراز يورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة ويكون الاحراز فيه ناقصا ولهذا يلقى بعضه
في الابواب وفي الطريق الابدي لا يقطع في الشي التافه اي الحقير ولان المالية فيما يتسارع اليه الفساد قاصرة ان
الرغبة انما يتم فيما يصلح للادخار لوقت الحاجة وقد روي انه عليه السلام قال لا قطع في الثمار الا فيما اواه الجرين والمراح

بالراء المهملة بعد الجيم وهو الموضع الذي يجمع فيه التمر والثمار والشراب الا يبقى سنة بل يتغير
ويفسد وان لم يسكر فلا يصلح للادخار والمسكر ليس بمال عندنا وفي الخل والعسل يقطع بالاجماع
لان الفساد لا يتسارع اليهما قالوا هذا اذا سرق في ايام الخصب لا في ايام القحط فلا يقطع في سرقة الطعام
مطلقا لان الضرورة تبيح التناول ولا قطع فيما يتناول فيها الانكار بالاجماع كالة اللهو من الدف والمزمار
وغيرهما بالاجماع الا عند بعض الشافعية لو بلغ قيمته نصابا بعد نقضها ليغنيه كذا في العيون والاشربة المطربة
والنرد والصليب من الذهب لاحتمال ان يقول السارق سرقتها لا لكسر والاراقة بل هو ظاهر حال المسلم ويضمن
مثل وزن ذهبها ولما الدراهم التي عليها التمثال فيقطع فيها لانها معدة للتمول لا للعبادة فلا يثبت الكسر الا ثبت
فيها ولما اذا سرق طبل الغزاة فقيل يقطع لان ضربه للغزو وهو ماذون فيه ومختار صدر الشهيد انه لا يقطع لانه
كما يصلح للغزو ويصلح للهو فتمكن الشبهة وعن ابي يوسف رحمه الله في الصليب الذهب اذا كان في المصلى فلا قطع لعدم
الحرز ولئن كان بيتا اخر قطع لكمال الحرز والمالية ولا قطع في دفاتر غير الحساب لانه يتناول للقراءة واما
في دفاتر الحساب فيقطع لانه ينتفع لغير صاحبه فيكون المقصود في الكاغذ وعند الثلثة يقطع في الكل اذا بلغ
قيمته نصابا كذا في العيون ولو سرق كتب النجوم يقطع وفي كتب الادب قيل يقطع وقيل لا ولا قطع في كتب الحديث وعن
ابي يوسف رحمه الله كذا في البزازية وفي ايام صبي ابو يوسف رحمه الله القطع في صبي حر عليه حلي وهو قول مالك كذا في العيون
ولم يفصل في الكتاب بينهما اذا علم بالحلي او لم يعلم وفرق الحلواني قال ان علم يقطع وان لم يعلم لا وهكذا روي عن ابي
حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله يقطع في الثالث ولو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم وفي طرفه دراهم مشدود
ان علم بالدراهم قطع وان لم يعلم لا يقطع لان الدراهم لا يشد في الثوب للتزيين وانما يشد للحفظ كذا ذكره
قاضي خان في شرح الجامع الصغير فلم يكن تابعا للثوب ان علم الدراهم كانت مقصودة فيقطع وعن ابي يوسف رحمه الله
هذا والاول سواء واذا سرق حمارا لا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما يقطع وكذا لو سرق كوزا يساوي
تسعة وفيه لبن او شراب يساوي درهما قطع ومصحف محلى اذا كان نصابا اي يقطع في سرقة مصحف عليه حلية
بلغ نصابا وكذا لو كان غير محلى في رواية وهو قول الثلثة كذا في العيون لانه مال متقوم محرز وقالا لا يقطع وهو
رواية عن ابي يوسف رحمه الله فيهما كقولهما والخلاف في الغير المميز لانه لو كان مميزا لا يقطع بالاجماع لانه له يد
على نفسه وعلى ما في يده فيكون خداعا لا سرقة كذا في التبيين في المسئلتين لان الحلية لو سرقت وحدها لقطع
فكذا اذا سرقت مع غيره ولهما انه اجتمع فيه دليل القطع وهو سرقة الحلية ودليل عدمه وهو سرقة الصبي والمصحف
فاورث ذلك شبهة دارية للحد ولان سرقة الصبي والمصحف اصل وما على الصبي والمصحف تبع لهما فاذا امتنع في الاصل
فاولى ان يمتنع في التبع وكذا الخلاف اذا سرق كلبا عليه قلادة فضة لكونها تابعة له وكذا اذا سرق اناء فيه

او شراب وشرب الماء واخرج الاناء من الدار فانه يقطع فيه اذا بلغ قيمته نصابا وينبغي عند ابو يوسف رحمه الله
عن القطع في سرقة عبد صغيرا استحسانا لانه ادمي فلا يتصور سرقته كما لو كان عاقلا لان كونه لا يعني
القطع وكونه آدميا لا يقتضيه والحد لو كان بين الوجوب وعدمه لا يجب معناه في صغير لا يتكلم ولا يمشي ولو كان يتكلم
اي يمشي فهو والبالغ سواء وقالا يقطع وهو القياس لانه لا يد على نفسه فيكون بمنزلة الدابة ولذا كان ينطق و يعبر
عن نفسه لا يقطع بالاجماع ككبير اي كما لا يقطع في الكبير لان له يدا على نفسه واخذه اما بواسطة الخداع او بالغصب
فلا يكون سرقة ويقطع في الساج وهو لا ينبت الا في بلاد الهند ويجلب منها كل ساجة منحوتة للجوانب الاربع
والابنوس وهو شجر معروف والعاج وهو عظم الفيل وعن محمد رحمه الله لا يقطع الا اذا كان معمولا وقيل لا يقطع في
المعمول ايضا لمكان الاختلاف والقنا بالقصر جمع قناة وهي شجر يتخذ منها الرمح والصندل وهو شجر طيب
الرائحة والعود والياقوت والفصوص من الخضر والمسك والادهان والورس والزعفران واللؤلؤ ونحوها
وانما قطع بسرقة هذه الاشياء لانها عزيزة محرزة لا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام فصارت كالفضة
وعن محمد رحمه الله لا يقطع في الياقوت واللؤلؤ لانه يوجد مباحا وهذا ليس بصحيح واما الزجاج المصنوع فقيل لا يقطع
فيه لان الفساد يتسارع اليه وقيل يقطع لانه مال نفيس وانما الفساد من التقصير في الاحتراز عنه وما اتخذ
من الخشب اي من الخشب من الابواب والاواني قطع في سرقتها لان الصنعة فيها غلبت على الاصل في
الخشب بالصنعة يجعل من الاموال النفيسة وخرج من ان يكون تافها بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب
لان الصنعة لم يغلب فيه ولم يتضاعف قيمته فيه حتى لو غلب فيه الصنعة كالحصير البغدادي والجرجاني يقطع فيها
واما الابواب فانما يقطع اذا كانت محرزة في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد ولو كانت متعلقة بالجدار
لا يقطع فيها لانه يكون سارق الحرز دون المحرز فصار كسرقة الحايط وكذا لو كانت ثقيلة لا يرغب في سرقتها كذا في
النهاية لا يقطع في كلب اي في سرقته لانه اثبت كلب صيد وماشية كذا في العيني ولا يقطع في نرد وشطرنج الا عند
الشافعي رحمه الله وبعض الحنابلة ولا في باب المسجد والدار الا عند الشافعي واحمد في رواية وابي الحكم المالكي رحمهم الله كذا في العيني
ولا في فهد لان جنسها مباح الاصل غير مرغوب فيه ولا يقطع في انتهاب وهو الاخذ على وجه العلانية قهرا
من ظاهر بلدة او قرية ولا في اختلاس وهو ان تاخذ من اليد بسرعة جهرا ولا في خيانة وهي ان يخون المودع على
ما في يده لقوله عليه السلام لا قطع على الخاين والمنتهب ولا المختلس ولا من بيت المال وطعام لان ذلك المال للعامة وهو منهم
وعند مالك رحمه الله يقطع كذا في العيني ولا من المال المشترك بين السارق والمسروق منه لثبوت الشبهة باعتبار ان له اخذ الحق من وجه
قال مالك رحمه الله لو اخذ زايدا على نصيبه قدر نصاب يقطع وهو وجه عن الشافعي رحمهما الله في مشترك كذا في البزازية ولا من
اصوله او من فروعه اي لو سرق من بيوت اصوله وان علا وفروعه وان سفل من النسب غيرهم من بيوت غيرهم فلا يقطع

الانبساط بينهم بالانتفاع في المال والدخول في الحرز وقال مالك و بعض الحنابلة يقطع كذا في العيني ولو سرق من
اصوله من الرضاع او فروعه منه قطع لانعدام هذا المعنى فيهم عادة وبخلاف محرم اي عدم القطع في ذي رحم
محرم اذا سرق من بيته سواء كان المسروق ماله او مال غيره فلا يقطع عندنا وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو قول مالك
ولو بينهما اذا كان القرابة غير الولاد لانها ليست بعضية وهي غير معتبرة في غير الولاد عنده كما بين في فصل النفقة
فصار كالصديق يسرق من صديقه ولنا انه ماذون شرعا في دخول حرزه من غير استيذان وقد جرت العادة بالانبساط
ولا في اخذ احد الزوجين من الاخر اي لو سرق احدهما من بيت الاخر من ماله ولا يقطع عندنا لوجود الانبساط بينهما في الحرز و
المال وكذا لو سرق من حصته المستورة او سرقت هي منه لا يقطع لان الخلطة بينهما قائمة وقال الشافعي في قول وهو قول
مالك واحمد كذا في العيني يقطع وفي قول في الزوج فقط كذا في العيني وكذا في شرح المنظومة لو سرق الزوج من مال زوجها
لا يقطع بالاجماع بناء على هذا القول منه ولو كان محرزا عنه وان كان مال احدهما محرزا عنه محجوبا عليه عن الاخر وهذا الاختلاف
اخراج من بيت ... الاسلام قال الحلواني ان كان ممنوعا عن الاخر فسرقته يوجب القطع انما يعني لذا وبلغ الاخلاف
بابينا من ثبوت البطن بينهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل القضاء او السارق
من بيت ختنه وهو زوج كل ذي رحم محرم منه او من بيت صهره وهو كل ذي رحم محرم من امراته لا يقطع عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يقطع وهو قول الثلاثة كذا في العيني لانعدام الشبهة في المال والحرز وله ان الرجل يدخل في دار ختنه وصهره
بلا اذن عادة فيثبت فيه شبهة الاذن بالدخول وحقيقته والسارق المؤجر من البيت المستأجرة يقطع اي اذا سرق المؤجر
من بيته الذي في يد المستاجر يقطع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع لان المؤجر يدخل البيت الذي آجره للمرمة
فيثبت له الاذن كما لو سرق من دار له اعارة ولانه ممنوع من الدخول بغير اذن المستاجر لان البيت المستاجر
كالمملوك في حق المنفعة واما الدخول للمرمة فيباح باذن المستاجر لا بغير اذنه ولا قطع على السارق من غريمه
مثل حقه اي من جنس حقه الذي كان عليه لانه مستوف حقه ولو سرق من خلاف جنسه كما اذا كان حقه دراهم فسرق عرضه
غريمه يقطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منها ولا بيعها الا برضاه كما قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وفي
كتاب السرقة اذا سرق عرضا ثم قال اخذت رهنا لا يقطع لان من العلماء من قال له ان ياخذ حقه من خلاف
جنسه فاورث شبهة واما اذا سرق دنانير فقيل يقطع لانه خلاف جنس الدراهم وقيل لا يقطع لان جنس النقد شيء واحد معنى
سواء كان ذلك الحق حالا او مؤجلا لان الحق ثابت على كل تقدير وسواء كان مثل قدر حقه او اكثر منه لانه شريك بقدر
حقه فيما سرق ولا قطع في سرقة المال المشترك سواء كان مثل حقه في الجودة او اجود منه لاتحاد الجنس وعند الثلاثة يقطع
في الزايد لو قدر نصابا كذا في العيني ولا قطع بمن سرق من بيت سيده ولا من بيت امراته او من بيت زوج سيده
لانه ماذون في الدخول عادة فتمكنت الشبهة في الحرز وقال مالك واحمد والشافعي رحمهم الله في قول يقطع كذا في العيني ولا من بيت مكاتبه
اي اذا سرق المولى من بيت مكاتبه لان له حقا في كسبه وكذا لو سرق المكاتب من بيت مولاه لانه بمنزلة العبد ولا من

مضيفه اى اذا سرق الضيف من بيت من اضافه لانه ماذون له فى دخول بيته فكان فعله خيانة لا سرقة وعند الثلثة
من موضع اغلق فيه لا يقطع وفى غيره يقطع كذا فى العيون ولا من بيت ماذون فى دخوله فلا قطع اذا سرق من مثل
الحوانات وحوانيت التجار وبيت اذن فى دخوله وعند الثلثة يقطع لو فيه حافظ وفى وقت لا يؤذن بالدخول
يقطع بالاجماع كذا فى العيون ولا من حمام هذا تخصيص بعد التعميم لان البيت الماذون فى دخوله يتناول الحمام
نهارا ولو سرق من الحمام المأذونة ليلا قطع لان الاذن يختص بالنهار وعن الثانى ان كان الباب مفتوحا ولو كان
مغلقا يقطع ولو كان نهارا فى الاصح وما جرت العادة بدخوله فى بعض الليل ملحق بالنهار وما المسجد فيستثنى من الحكم فقط
لانه لو سرق منه ليلا لا يقطع بالاجماع الا ان يكون ربه عنده فانه يقطع بالاجماع كذا فى العيون ويقطع فيما احرز بالحافظ
كمن جلس فى الصحراء او فى الطريق وعنده متاعه هو محرز به يحرز ما اخذ لان يد الحافظ يزول فيتم السرقة ولو
من مسجد متيقظا كان الحافظ او نائما وقيل لا يكون محرزا فى حال نومه الا اذا كان متاعه تحت جنبه او تحت رأسه
والصحيح هو الاول لان الكافى يعد من النائم عند متاعه حافظا وعلى هذا اذا حفظ المودع والمستعير المتاع
بمثل هذا الحفظ لا يضمن وفى المحرز بالمكان باخراجه لان السرقة لا تتم قبل اخراجه لقيام اليد عليه فى كل مكان هو
معد لحفظ الامتعة فيه لا يعتبر الحافظ كالدور والحوانيت والخان والحمام لا المحرز بغيره من الحافظ قوم نزلوا خانا
فسرق بعضهم من بعض فصاحب المتاع يحفظه او جعله تحت رأسه لم يقطع ولو كان فى مسجد جماعة يقطع والفرق بينهما
ان الخان محرز بنفسه فلا يصير المال محرزا بالمالك فلا بد من الاخراج من الحرز للقطع واما المسجد فليس بحرز فيصير المال
محرزا بالمالك فبمجرد الاخذ يقطع واذا سرق من الحمام نصابا ليلا يقطع وبالنهار لا يقطع لان الحمام حرز بالمكان الا انه
اختل بالاذن كذا فى النوازل وهذا الحرز اقوى من الحرز بالحافظ لانهما اشتركا فى المنع عن وصول اليد الى المال
لكن الحرز بالمكان يزيد عليه من حيث ان المال يختفى فيه عن الاعين فلا يعتبر الحرز بالحافظ مع وجوده حتى لو كان
المال المحرز بالمكان واذن بالدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحرز بالحافظ لم يكن معتبرا مع الحرز
بالمكان وقد سقط بالاذن والحفظ بالحمام معتبر عند ابى حنيفة رحمه الله فى رواية فان سرق ثوبا فى الحمام نهارا وكان
عند صاحبه يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده فظاهر المذهب لا لان الحمام بنى لاحراز الامتعة
حرزا مكانيا فلم تعتبر فيه الحافظ بخلاف المسجد لانه ليس بحرز وما بنى للاحراز اصلا فاعتبر فيه الحافظ كما فى
الطريق كما افتى به محمد رحمه الله بظاهر المذهب ويفتى به ابو يوسف رحمه الله يقطع النباش وهو قول الثلثة كذا فى السراج
وهو من نبش قبرا واخذ الكفن منه سواء كان القبر فى بيت مقفول او فى الصحراء لقوله عليه السلام من نبش قطعناه
وقالا لا يقطع لقوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وما رواه غير مرفوع ولئن ثبت فهو
محمول على السياسة ولان الكفن ليس بحرز بالميت ولا بالقبر لانه ليس بحرز ولهذا لو دفن فيه مال اخر غير الكفن لا يقطع
مع ان الكفن ليس بمال لان الطباع السليمة لا يميل اليه ولو سرق من البيت الذى فيه القبر مالا غير الكفن لا يقطع ايضا

وهو الصحيح صح

لانه يباح له الدخول فيه لزيارة القبر ولو نقب السارق بيتا فدخل وناول المال الى اخر على الباب يخرجه من البيت
خارجا اى من كان خارجا من البيت لم يقطعا فى ظاهر الرواية لان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجد ذلك
من كل منهما لان الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل وان وجد منه الاخراج باخراجه لكنه بطل باعتراض يد الاخر
عليه فلم تتم السرقة فان ادخل الخارج يده فتناوله منه اى اخذ الخارج من يد الداخل يامر ابو يوسف رحمه الله فى رواية
يقطعهما اما الداخل فلان الهتك منه فصار المال محرزا بمعاونته وكذا الخارج لانه اخرج المال من الحرز وذكر قاضى خان
فى شرح الجامع الصغير وعن ابى يوسف رحمه الله انه فصل فى الجواب وقال ان دخل الخارج يده فى الدار فتناوله من صاحبه
فى الدار قطع الخارج وان اخرج الداخل يده وناوله لصاحبه خارج الدار قطع الداخل والخلاف بناء على مسئلة ان السارق
ان ادخل يده فى النقب واخذ المال ولم يدخل لا يقطع وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز كما لو شق الجوالق
وجه ظاهر الرواية ما روى عن على رضى الله عنه انه قال اذا كان اللص ظريفا لا يقطع ومن الظرافة ما قلنا بخلاف الجوالق
الصندوق لانه لا يحتمل الدخول فيه ويقطع اى يامر ابو يوسف رحمه الله ايضا لو قطع لو انفرد فنقب ولم يدخل بيته واخذ المتاع
فى رواية عنه لانه اخذ من الحرز فيقطع فيه كما لو اخذ من الكم او الصندوق نصابا فيقطع بالاجماع وقالا لا يقطع الا ان
الفرق بين البيت والجيب عليه بان الدخول فى الكم والصندوق غير ممكن فحرزه هتك على الكمال بادخال اليد فيه واما البيت
فالدخول فيه ممكن فكمال هتك حرزه بالدخول فيه فاذا لم يدخل كان الهتك ناقصا فلا يقطع ومن نقب بيتا بغير اذن
صاحبه ثم دخل سارق اخر فسرق لم يقطع الناقب لانه صاحب سبب والسارق مباشر كما لو فتح القفص وطار الطير منه
كذا فى النوازل ولو نقب فدخل والقاه فى الطريق او حمله على حمار فساقه واخرجه قطع بالاجماع كذا فى العيون ولو نقب
ودخل الدار واخذ المتاع فلما انتهى الى الباب رماه خارج الباب ثم خرج واخذه قطع لان السرقة على هذا الوجه معتاد
ومما لا يمكنه الخروج مع المتاع فيقدم المتاع ليمكنه دفع صاحب المال ان احتاج اليه وان رماه خارج الدار ثم لم يأخذ
المال لم يقطع لانه لما تركه المال علم انه قصد التضييع دون السرقة ولو رمى الداخل المتاع عند النقب ثم خرج و
اخذ المتاع لم يذكر هذا فى الكتاب واختلفوا فيه والصحيح انه لا يقطع ولو كان فى البيت نهر جارى فرمى المتاع
فى النهر حتى اخرجه الماء ثم خرج واخذ واختلفوا فيه ايضا والصحيح انه يقطع كذا ذكره قاضى خان فى شرح الجامع الصغير بنزهة
ولو القاه اى اذا نقب اللص بيتا ودخل فيه واخذ المتاع والقاه خارج البيت ثم خرج فاخذه منه قطعناه وقال زفر
لا يقطع لان نفس الالقاء لا يوجب القطع وكذا الاخذ من الخارج ولنا ان يده يثبت عليه بالاخذ فلم يزل يده عنه حكما الا برى
من سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه يضمن لانه ازال الموضع فى يد صاحبه حكما فاذا بقى يده حكما
وتاكد ذلك بالاخذ ثانيا يقطع ولو حمل السارق المتاع فى الدار على دابة فساقها فخرجت قطع لان سيرها يضاف
اليه لسوقه ولهذا يضمن السائق ما اتلفت الدابة ولو خرجت الدابة بنفسها بعد الحمل عليها لا يقطع ولو القاه فى نهر فى الدار

فاخرجا المال بقوة جريتهم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح كذا في النهاية ولو قطعنا جماعة تولى بعضهم الاخذ اي دخل
جماعة الحرز واخذ بعضهم المال وحمله واخرجه قطع الجميع لانه واحد خلافا لقول زفر رحمه الله فانه قال يقطع الحامل وحده لان
غير الحامل لم ياخذوا فلا يقطعون ولو دخل واحد منهم واخرج المتاع لمعاونتهم يقطع الحامل وحده بالاجماع ولنا
انهم اشتركوا في هتك الحرز والاخراج وان وجد من الحامل صورة لكنه وجد من الجميع معنى لعونهم على ذلك ولو شق الثوب
الذي سرقه في الحرز ثم اخرجه لم يقطع ابو يوسف رحمه الله لان الشق سبب الضمان والقطع معه لا يجتمعان وقالا يقطع
لان القطع بالسرقة وضمان النقصان بالشق وهو ليس بسرقة فلا يؤدي الى الجمع بينهما في جناية واحدة فالخلاف
فيما اذا كان الشق فاحشا واختار المالك ان ياخذ الثوب ويضمنه النقصان واما اذا اختار ان يترك على السارق
ويضمنه قيمة الثوب صحيحا لا يقطع بالاجماع ويضمن السارق قيمة النقصان هذا اذا بلغ بعد الشق قيمته عشرة دراهم
وان لم يبلغ لا يقطع بالاجماع كذا في المصفى وعن عصام رضي الله عنه ان امير بلخ سال عن سارق اتي به وهو ينكر
السرقة فقال عصام على المنكر اليمين فقال الامير سارق ويمين فقال هاتوا من سوط فما ضربه الا عشرا اقر بالسرقة
واتى بالمسروق بعينه فقال عصام سبحان الله ما رايت جورا اشبه بالعدل من هذا والضرب خلاف المشروع فلا
يفتى به سارق وجب عليه القطع فلم يقطع الامام ياثم لانه حق الله فلا يترك قدم كذا في النوازل رجل سرق من ابل قطار
احمالها او سيران تتق الجوالق او دخل بيته واخذ المتاع قطع وان سرق الجوالق بما فيها لم يقطع لان الجوالق حرز
لانها للصيانة للمال لا ما ظهر الدابة ليس بحرز وانما الحمل والنقل لا للصيانة ولو كان مع الاحمال من يحفظها يقطع
القايد والسايق لانهما يشيان لسير الدابة لا للحفظ كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ولو سرق حيوانا من المرعى
لا يقطع ولو كان الراعي معها والراعي بمنزلة القايد والسايق ولو طر صرة خارجة من كم او سرق من قطار
بعيرا او حملا لم يقطع وعند الثلاثة يقطع فيهما وعن ابي يوسف رحمه الله يقطع الطرار مطلقا كذا في العيون سارق دخل البيت
واخذ المال وهو يريد ان ياخذه لصاحب المال ان يضربه حتى يلقي المتاع وان قاتل يجوز ان يقتله وكذا الحكم في خارج البيت سواء
كان المال قليلا او كثيرا اذا كان المال في يده كذا في النوازل **فصل** في قطع الطريق ويسمى قطع الطريق اذا اخذ فيه المال
السرقة الكبرى اما كونه سرقة فلان القاطع ياخذ المال خفية ممن اليه حفظ الطريق وهو السلطان واما كونه كبرى فلان ضرره
عام ولهذا غلظ الحد في حقهم وشرط فيها ما شرط في السرقة الصغرى من النصاب وكون السارق من الاهل …
ايضا ان لا يكون للقاطع شركة وان يكون بعيدا من العمران … وان يكون في دار الاسلام وان يقطع
قبل الظهور التوبة ورد الاموال الى اربابها فليس بقاطع الطريق والقياس ان يكون قاطعا وهي رواية عن ابي يوسف وهو قول
الشافعي رحمه الله وجه القياس ان قطع الطريق ليس الا اخذ المال من الطريق على وجه الخفية عن الامام او عن جماعة المسلمين وقد
وجد فيجب حد قطاع الطريق كما لو وجد في البيت وجه الاستحسان ان قطع الطريق اخذ المال من الطريق على

الخفية ممن اليه حفظ الطريق وذلك لا يتحقق في الامصار ولا فيما بين القرى العامرة لانها قريب من الامام ومن نوابه
فلا يمكنهم ذلك ولان حد قطاع الطريق وجب جزاء للمحاربة والمحاربة انما يتحقق في البعيد عن العمران لان لا يلحقه
الغوث وانما يسير فيها معتمدا على حفظ الله فمن تعرض له كان محاربا لله تعالى بخلاف الامصار وبين القرى لان ثمه
يلحقه الغوث ولا يكون متكلا اعتمادا على الله تعالى وعن ابي يوسف رحمه الله ان في المصر وفيما بين القرى ان قصد بالسلاح يقام
عليه حد قطاع الطريق وان قصد بالحجر والخشب بالنهار لا يقام عليه الحد وان كان بالليل يقام عليه كذا في شرح الجامع
الصغير لقاضي خان فاذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد ممتنعون اي قادرون
على ان يمنعوا عن انفسهم تعرض الغير او واحد ممتنع اي قادر على المنع لقوته وشجاعته لقطع الطريق متعلق بقوله
خرج فاخذوا اي اخذهم غيرهم قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسوا وهو جواب اذا اي حبسهم الامام ليتوبوا
ولا ان يعزرهم مع الحبس لانهم ارتكبوا منكرا وهو الاخافة وعند الشافعي رحمه الله ينفوا من البلد وعند الحنبلي يشهر
ويعزر سنة وعند ابن يشوه ولا يترك في البلد ياوى فيه وعند مالك رحمه الله مفوض الى الحاكم يقتل او يقطع او يحبس كذا
في العيون فان اخذوا مال مسلم او ذمي ولو اخذوا مال المستامن لا يجب القطع ونصيب كل نصاب اذا قسم المال بينهم
واصاب لكل منهم عشرة دراهم وقال الحنبلي نصاب الشرط ان يكون لكل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير
بالعشرة في موضع كان المستحق حد عضو واحد وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار عشرين
درهما لكنا نقول يغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة مع الله تعالى وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال
الماخوذ فيقع النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء كذا في النهاية وعند مالك رحمه الله قطع اي مقدار اخذ كذا في
العيون قطعت ايديهم اي ايمانهم وارجلهم من خلاف ورجعا المال القايم الى اربابها وان هلك المال اذا استهلكوه
سقط عنهم الضمان لوجوب لاخذ جميع المال لا يكتفي بالقطع ويبطل حكم الجراحات لان حكمها دون النفس كحكم الاموال فيسقط
الضمان هذا اذا اخذوا قبل التوبة ولو تابوا قبل ان ياخذوا ثم اخذوا يؤخذ منهم المال القايم ويضمنون الهالك وان قتلوا
بعض المارين ولم ياخذوا مالا قتلوا اي قتلهم الامام حدا اي جهة كونه حق الله تعالى فلا يلتفت الى عفو الاولياء
فانما يتعذر فيما هو العافي وهذا حق الشرع لان المسافرين في الفلا وينكلون على الله تعالى وحفظه والتعرض لهم يكون
خيانة على حق الله تعالى ويكون للزاجر وان جمعوا اي قتلوا واخذوا المال من المارين فالامام بالخيار ان شاء
ان شاء جمع بين القطع والقتل والصلب فان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف لان اخذهم المال ثم قتلهم او صلبهم
وان شاء اكتفى بالقتل او الصلب فلا يقطعهم كما قالا وهو قول الثلاثة لان الحدود الخالصة تتداخل فيدخل حد
النفس حد السرقة كمن زنى وهو محصن وسرق فرجم يدخل حد السرقة في الرجم ولان هذه الجناية وان كانت متحدة معنى من جهة انها
قطع الطريق لكنها متعددة صورة وهو اخذ المال وقتل النفس فيجري ولكل واحد منهما موجب عند الانفراد

انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم
من خلاف او ينفوا فالله تعالى ذكر في هذه الاية اربعة اجزية توزيعا على الجنايات الاربع من غير تعيين فينبغي ان
يقابل الجناية الغليظة بالجزاء الغليظ والخفيف بالخفيف على مقتضى الحكمة الالهية فيكون النفي المذكور في الاية
جزاء الجناية اخذهم المال فقط والقتل جزاء الجناية قتلهم من غير اخذ المال والقطع والقتل كلاهما جزاء الجنايتين قتلهم
واخذهم للمال فالامام يكون مخيرا ان شاء مال الى جهة الاتحاد فيكتفي بالقتل وان شاء مال الى جهة التعدد فيجمع بين
القطع والقتل والتداخل انما يكون في الحدود والقطع والقتل ههنا حد واحد يغلظ لغلظ سببها ويأمر الامام
بالصلب فلا يترك الصلب لانه المنصوص عليه مطلقا سواء قتل واخذ المال او قتل فقط في رواية لانه ادعى الى الشهرة
والاعتبار ويصلب حيا وينبغي ان يشق بطنه برمح الى ان يموت لان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع ولا يترك
اكثر من ثلثة ايام بعد الصلب لان في تركهم ايذاء للناس من نتنه وهو الاصح عند الشافعي رحمه الله وعن محمد يترك الى ان
يحصل التشهير وعن مالك مفوض الى الامام كذا في العيني ويقتلون بالمباشرة لاحدهم القتل فاجري القتل على جميعهم
لان ذلك الواحد يتقوى بهم فيكون القتل واقعا منهم معنى وعند الشافعي رحمه الله يحد المباشر فقط كذا في العيني
وان كان فيهم اي في القاطع صغير او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه وعند الثلثة يحد غيرهم كذا في
العيني ولو باشر امرأة سقط وعند ابي يوسف والثلثة لا كذا في العيني او اخذ بعد التوبة وقد قتل عمدا صار القتل
الى الاولياء فان شاؤوا استوفوا وان شاؤوا عفوا عنه واذا كان فيهم صغير او مجنون فسقوط الحد عن الباقين
قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله اذا باشر العقلاء منهم القتل يحد الباقون وهو قول الثلثة وكذلك
الخلاف في السرقة الصغرى وله ان المباشر لو كان هو الصغير او المجنون فالحكم بالعكس فرفع الخلل في الاصل ولهما
جناية واحدة قائمة بالكل وفعل بعضهم غير موجب فكان فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب الحكم قيل هذا اذا كان
العاقل مشتركين في المال لان الاخذ من الاجنبي ليس اخذا من القريب اما اذا لم يشتركوا في المأخوذ فالاصح
ان الحكم عام لان مال جميع القافلة كشيء واحد فاذا تمكن الشبهة في الاخذ بسبب ذي رحم محرم تمكن في الباقين كذا
في الايضاح ولو اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ليس لولي القتيل العفو بل يقتلهم الامام حدا لما مر وانما يسقط
الحد عنهم لان القافلة بمنزلة بيت واحد فلو سرق من حرز فيه ذو رحم محرم واجنبي لم يقطع لتمكن الشبهة في الحرز
فكذا هنا واما اذا كان فيهم مستأمن فلو اخذ ماله لا يقطع ولو اخذ مال غيره يقطع لان الشبهة تمكنت في ملك
منه لا في الحرز واما في سقوطها اذا اخذ بعد التوبة فان التائب مستثنى عن هذا الحكم في آخر الاية هذا اذا اخذ
بعد التوبة ورد المال واما اذا تاب ولم يرد المال فقيل لا يسقط كما لا يسقط سائر الحدود بالتوبة واليه اشار في
الاصل لانه تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى ولم يستثن في سائر الحدود كذا في المحيط وكذا سقط الحد عنهم

اذا اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا واخذوا من المال اذا قسم لا يصيب كل منهم نصاب فالامر في القصاص الى الاولياء
وفي الفوائد الظهيرية هذه مسئلة عجيبة من حيث انهم اذا قصدوا منهم القتل فقط لا يلتفت الى عفو الاولياء بل يقتلهم
الامام حدا واذا وجد معه اخذ المال القليل اعتبر معه عفو الولي ولعل الوجه فيه انهم اذا اخذوا المال عرف ان مقصودهم
كان اخذهم المال وانما اقدامهم على القتل كان للتمكن من اخذه فلما كان مقصودهم المال ولم يصب لكل منهم نصاب سقط
الحد وصار امر القصاص الى الولي واذا قتلوا فقط عرف ان مقصودهم القتل فيقتلهم الامام حدا ولو قطع الطريق
بقرب العمران بمنعة واخذوا المال لا نعاقبته حتى لا تجعل قاطعا للطريق استحسانا بل تحبس وتعزر ويرد
ما اخذ ويخير ولي القتيل ان شاء اقتص وان شاء عفى وقال الائمة الثلاثة يكون قاطعا وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وبه يفتى كذا في العيني وهو للقياس ولو لم يكن له منعة ففي قرب العمران لا يكون قاطعا بالاجماع لوصول الغوث اليه
بل يرى الى العامر واما اذا كان له منعة وشوكة كان قربه للعامر كالبعد عنه في عدم الغوث فيكون قاطعا ولنا ان قطع
الطريق حقيقة هو قطع المارين عنه وذلك لا يتحقق بقرب القرى لان اهلها يلحقون ذلك بالحاق
الغوث قال بعض هذا الحكم مبني على عادتهم لانهم كانوا يحملون السلاح مع انفسهم في الامصار ولا يقدرون على الدفع
واما في زماننا فهذه العادة متروكة فيتحقق قطع الطريق ومن خنق في مصر مرة لم يقتل سياسة كذا في العيني

كتاب الصيد والذبائح

الصيد مصدر صاد يصيد ويطلق على المصطاد كالخلق والعلم ويقال خلق الله
اي مخلوقه ولهذا قال اصحابنا لو قال بعلم الله لا يكون يمينا لان المراد معلومه والمراد ههنا الاصطياد وهو جائز لغير
المحرم لقوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا واحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين ولو شرط ثبوت الملك فيه كون الصيد غير مملوك لاحد وسبب ثبوت الملك
الاخذ فيه حكم الاصطياد وحل الحكم الذكوة وشرط الحل ان يكون الصايد من اهل الاصطياد لقوله عليه السلام
الصيد لمن اخذه ويجوز صيد الحيوان الممتنع مطلقا سواء يؤكل لحمه او لا اما ما يؤكل فيصاد للحمه وما لا يؤكل فلنفع
وجلده لان النص مطلق فيتناول الكل ورمي غير الممتنع لا يكون صيدا فالبعير الممتنع يكون صيدا والظبي
المربوط لا يكون صيدا بالسهام المحددة متعلق بصيد لانها آلات جارحة وبالجوارح بالجر عطف على السهام ذكر جمع
جارحة وهي الكاسبة كالكلب والفهد وساير السباع المعلمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى الاسد لعلو همته والدب
لخساسته فلا يتعلمان وألحق بعض المشايخ الحدأة بهما لخساسته والخنزير مستثنى لكونه نجس العين وعند احمد الكلب الاسود
البهيم اي جارحتهم فكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما عدا ذلك
هذا هو الاصل لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح وعند الشافعي رحمه الله ان فريسة الفهد والنمر حرام لانه لا يتأدب بترك الاكل
ولنا عموم النص كالبازي يعرف اذا دعي وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه فالبازي المعلم هو الذي يعود اذا دعاه صاحبه

بعد الارسال والكلب يترك الاكل فالكلب المعلم هو الذى لا ياكل ما اخذه بعد الارسال مرة لان تبدل الطبيعة
العريزية وهو الاكل عند الظفر بالماكول يدل على تعلمه وتقدير المدة مفوض الى المعلم عند ابى حنيفة رحمه الله لان المقادير
لا تعرف بالاجتهاد ولا نص فيه فيفوض الى راى من يعلمه لانه اعرف به من غيره كما هو اصل عنده فى جنس هذه المسئلة
وعلى هذه الرواية اذا انصبت على الشك اذا اكل باصطاده ثالثا لا يحل وقالا تقدير المدة لا يوكل الى ثلث مرات فاذا تركه
الاكل ثلث مرات يكون معلما عندهما وعند الشافعى رحمه الله ما يعرف به عند اهل العرف بالانزجار بالزجر والرجوع فى نحو البازى كذا فى
فيحل ما اخذه فى المرة الرابعة وروى عنهما ايضا انه يحل الثالث كذا فى المحيط وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله لان التجربة
تحصل بالكثرة والثلث كثير كتجربة الخضر موسى عليهما السلام وما صاد قبل المدة يكون حراما بالاجماع الا بالذبح حيا وان
ارسل المسلم او الذمى الجارح المعلم او رمى الصيد بالسهم حال كونه مسميا يكون ان عزله امرار الشفرة فى الذبح
فيشترط التسمية عنده كما فى الذبائح لقوله عليه السلام لعدى بن حاتم اذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل وان
لو ترك التسمية ناسيا حل وترك عامدا لم يحل خلافا للشافعى رحمه الله فجرح فمات حل لانه ذبح اضطرارى وكون الذابح
مسلما او ذميا كما شرط فى الذبح الاختيارى كذلك شرط فى الاضطرارى ولو لم يوجد الجرح لا يحل فى ظاهر الرواية
وعن ابى يوسف رحمه الله ان الجرح ليس بشرط وعن ابى حنيفة رحمه الله انه اذا كسر منه عضوا فمات يحل لان الكسر جراحة باطنة
وان خنقه اى الجارح الكلب الصيد حرم لانعدام الجرح وان ادركه الصايد الصيد حيا لا يحل الا بالذكوة
اذا تمكن اى قدر ان يذبحه باختياره ولو لم يتمكن من الذبح لا يحل بلا ذكوة لان قيام الذكوة مع الجرح مقام الذبح كان
للعجز عنه فاذا قدر على الاصل بطل حكم البدل وقال بعضهم ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يوكل عندنا وان لم يتمكن لضيق
الوقت لم يوكل ايضا خلافا للشافعى رحمه الله ومالك ومحمد رحمه الله كذا فى العيون لانه لما وقع فى يده لم يبق صيدا فيبطل حكم الذكوة
الاضطرارى على الحسن مثله واما الوحش بعد ان خرج ما فى بطنه ثم ادركه المرسل حيا ثم مات يحل كذا فى النوازل ولو وقع
الصيد حيا فى يده ولم يتمكن الصايد من ذبحه والحال انما هو حيوة فوق حركة المذبوح بان يتوهم بقاؤه فوق
حرم اكله فى ظاهر الرواية لانه قدر على الذكوة الاختيارية ولو تحرك دون حركة المذبوح كما اذا وقع فى يده بعد ان شق
بطنه واخرج ما فيه حل اكله لعدم اعتبار تلك الحيوة الا يرى انه لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت و
الاعتبار بحركة دون سيلان الدم كذا فى النوازل والحل رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لانه غير قادر على الذبح
ولو ذكى المنخنقة والموقوذة اى الشاة المضروبة بالخشب والمتردية اى الساقطة من مكان مرتفع او النطيحة اى المضروبة
بالقرن او التى بقر الذئب اى شق بطنها وبها حيوة حلت فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى كما لو وقعت شاة فى الماء بعد الذبح
وقيل هذا الجواب قولهما وعند ابى حنيفة رحمه الله لا يوكل ايضا لانه وقع فى يده وهو حى فلا يحل الا بذكوة اختيارية وكونها اى
تكون الحيوة بحيث يبقى يوما شرط فى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله لان المنخنقة ونحوها اذا لم يكن بهذه الحالة لم يؤثر فيها الذكوة ماتت

او صادها من قبل فلا يثبت الحل بالشك فيعتبر فيه زمان معين وهو يوم كامل وبعتبره اكثره ابو يوسف رحمه الله لان الاكثر
اليوم اقامة الاكثر مقام الكل الا فوق حيوة المذبوح فذبح لقول محمد رحمه الله فانه قال ان بقى فيهما من الحيوة ما كان اكثر
مما يكون فى المزكى يوكل والا فلا لان قدر حيوة المذبوح غير معتبر فاذا ازدادت عليه يتحقق انها زالت بالذبح واذا وقع
الصيد فى الماء او على سطح او جبل ثم تردى اى سقط على الارض حرم لاحتمال الاحتمال انه يكون هلاكه من الماء او السقوط من
عال وكذا اذا وقع على شجرة او على الارض ابتداء فمات او وقع على الآجر ابتداء اكل لان الاحتراز عنه غير ممكن لان
التكليف بحسب الوسع وعند مالك لا يوكل لو لم يكن جرحه مهلكة قبل سقوطه كذا فى العيون فلو غاب الصيد المجروح عن
بصر الصايد فلم يقعد عن طلبه اى لم يشتغل الصياد بشيء آخر بل اتبعه فوجده ميتا حل اكله وقال الشافعى رحمه الله لا يحل
لا يحتمل لاحتمال انه مات بالتردى او غيره وللشافعى رحمه الله فيما اذا ادركه ميتا وليس به اثر اخر من صدم او خنق او
غير ذلك قولان فى حل ولو كان به اثر اخر حرم لقوله عليه السلام كل ما اصميت ودع ما انميت اى اصمى هو ان يموت
المرمى بعد الغياب عنك وفى رواية عن مالك رحمه الله يحل وان تقاعد عن طلبه وفى رواية لاحمد وهو قول الشافعى رحمه الله
واذا وجد بعد يوم لا يحل كذا فى العيون ولنا ان غيبوبة الصيد عن البصر من ضرورات الاصطياد ولو ثبت الحرمة
لزم انسداد بابه والموت بعد الرحلة يجوز ان يضاف اليه واحتمال موته بامر اخر موهوم فاسقطنا اعتباره ما دام
الصياد فى طلبه للضرورة بخلاف ما اذا تقاعد عن طلبه حيث لا يوكل لقوله عليه السلام فى مثل لعل هوام الارض قتله
حين اكره اكله هذا اذا لم يوجد به جراحة سوى جراحة الكلب اما اذا وجد فلا يحل بالاجماع لان الظاهر موته بسبب اخر
يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب المحرم ومهنا مسئلة يجب حفظها وهى لو وضع فى الصحراء منجلا للصيد بجاد او
وينتهى عليه وذهب ثم جاء فى اليوم الثانى ووجد مجروحا ميتا لا يحل اكله كذا فى منية الفقهاء ولو وقع فى حفرة
حفرة المالك للماء لم يملك ولو حفرة للاصطياد ملكه اذا وقع فيها كذا فى النوازل والحقايق ولو اكل البازى منه اكل
يحل لان جثته لا تحمل الضرب والتعليم على ترك الاكل لصاحبه وفى كونه معلما يكفى اجابته عند الدعاء ولو اكل الكلب
لا يحل مطلقا سواء كان نادرا او كثيرا وقال الشافعى رحمه الله يحل وهو قول مالك رحمه الله لان الكلب آلة فى الفعل فاكله لا يوجب
الحرمة بعد ما وقع على الملك كالبازى وللشافعى قولان فيما اذا اكل الكلب ففى قول يحرم وفى قول يحل ولو اعتاد الاكل
حرم وهو يحرم ما اكله من قبل الذى ظهرت عادته فيه فعند الاطلاق يفيد الحرمة سواء كان نادرا او معتادا ولنا حديث
عدى بن حاتم انه عليه السلام لا تاكل مما اصطاده كلبك المعلم فانه لم يمسك عليك وان اكل منه فلا تاكل فانه انما امسكه
لنفسه والكلب يحتمل الضرب والتعليم فلا يكون كالبازى وفى الحقايق محل الخلاف ان يكون حالة الاصطياد اما اذا اخذ منه
صاحبه ثم وثب الكلب فاخذ منه واكل يحل بالاجماع لانه ما اكل من الصيد ولو اكل من دم الصيد يحل بالاجماع والفهد
كالكلب فيه والى اكل الكلب المعلم عند ابى حنيفة رحمه الله يحرم ما بقى من صيوده المحرزة من قبل اى من قبل الاكل وقالا لا يحرم

لان الكلب كان علينا الصيود المتقدمة فيحل لنا لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وعلى بعض المشايخ رحمهم الله لها
بالحكمين بكونه معلما بالاجتهاد عند ترك الاكل ثلث مرات فلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد وهذا يشير الى انه لا يحكم بجهله حتى يوجد
عند ثلث مرات ولان اكله يدل على الخطا في الحكم بعلمه فيحرم ما اصطاده من قبل لكونه غير معلم ولا يحتمل اكله لنسيانه اذ
الحرفة لا تنسى ولو شاركه اى الكلب المعلم في الجرح كلب اى غير معلم او شاركه كلب غير مسمى عليه اى ارساله عمدا او شاركه
كلب مجوسي او اصابه بالمعراض وهو السهم الذى لا ريش له بعرضه او مات الصيد من بندقة او حجر المرمي بهما حرم اما
في صورة المشاركة فلانه جرحه الكلب الثاني محرم وجرح الاول مبيح فلما اجتمعا علينا جهة الحرمة وجهة الحل تغلب جهة الحرمة
احتياطا ولو كان الكلب الثاني رده على الاول فمات بجرح الاول دون الثاني لا يحرم ولكن يكره للاشتراك في الاخذ وفقد
في الجرح ولو رده على الكلب الاول المجوسي بنفسه لا يكره لانه لا يتخذ الثاني سببا لفعل الكلب فلا يتحقق المشاركة ولو لم يرده الكلب
الثاني لكنه اشتد على الكلب الاول بسبب ذلك على الصيد فاخذه فلا باس باكله لان فعل الكلب الثاني تبع للاول ولو ارسل
مسلم كلبه فصاح عليه مجوسي فاشتد عدوه فلا باس بصيده ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم ما يصطاده
لان الزجر دون الارسال فلا يثبت به الحل واما في صورة الاصابة فلانعدام شرط الحل وهو الجرح واما في صورة
بندقة ونحوها فلان الميت بها صار في معنى الموقوذة فان جرحه الحجر وكان خفيفا وبه حدة بكسر الحاء اى حدة حل
لعلمنا ان موته من الجرح لا من الثقل ولو شككنا فيه لا يحل عملا بالاحتياط ولو ارسله على صيد فاخذ غيره اى غير ما
ارسله عليه من غير عدول ولا مكث حتى تحلل حل وقال الشافعي رحمه الله لا يحل وكذا الخلاف اذا كان الكلب المعلم اتبع صيدا
بغير ارسال فزجره صاحبه فانزجر واخذ الصيد وقتله يحل استحسانا خلافا للشافعي رحمه الله في قول واكل في رواية اذا
لم يقع هو القياس كذا في العيون لان الارسال شرط فلم يوجد لانه اخذ غير ما ارسله صاحبه ولنا ان الشرط بالنص هو
الارسال المطلق وشرط التعيين يكون زيادة على النص فلا يكون ولو انحرف عن طريقه يمينا وشمالا او مكث لا يحل
بالاجماع لانعدام حكم الارسال الاول وكذا الخلاف فيما لو قتل ما ارسل عليه ثم قتل صيدا اخر من غير مكث بينهما حل
عندنا لان الارسال الاول لم ينقطع كما لو رمى صيدا ونفذ الى اخر فانه يحل الكل وان مكث طلبا للاستراحة او النهد في ارساله
ثم وثب عليه فقتله يحل لان هذا من عادة الجوارح ليتمكنوا به من اخذ الصيد ولو رماه فابان اى قطع من الصيد عضوا نحو
حرم المبان اى لا يؤكل العضو المقطوع ويؤكل الصيد بالاجماع لانه كان بجرح غير مذفف نفي لقول الشافعي رحمه الله
فانه قال ان ابانه بجرح غير قاتل فالمبان حرام وهو قول مالك واحمد رحمهما الله وفي رواية عن احمد كقولنا كذا في العيون لانه لم يقطع
بذكوة الاضطراري وان ابانه بجرح قاتل في الحال فالعضو حلال لانه انقطع بذكوة الاضطراري وصار كما لو قطع
الراس بذكوة الاختياري ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت والاصل عند ان المبان من الحي حقيقة وحكما
يحل لوجود الحيوة فيه لانه يتوهم بقاؤه والمبان صورة لا حكما يحل ذلك بان يبقى في المبان منه حقيقة قدر ما يبقى

في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فيها في الماء ومات يحل كذا في البزازية ولو قدّ اى قطع
الصيد نصفين او اثلاثا والحال ان الاكثر مؤخر اى عجز الصيد او الاكثر والمبان نصف الحلق او راسه او اكثره
او اكثر راسه اكلا اى المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما فلا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح و
يعرف مما تقدم انه لو قطع ثلثه او كان الاقل يلي العجز او قطع اقل من النصف لا راسه يحرم المبان منه وكذا لو ابان
يدا او رجلا او فخذا وفي المحيط لو رماه رجل واخذه اخر فهو للرامي لانه بالرمي صار كالآخذ وان اثخن صيدا اى جعله
ضعيفا وعاجزا عن الامتناع برميه ولكن يرجى حيوته ثم رماه اخر فقتله حرم لان ذكوته صارت اختيارية بالاثخان
فلم يكن الرمي الثاني ذكوة فيكون ميتة فيضمن للاول قيمته الا ما نقص جرحه فان الاول ملك الصيد بالاثخان وكذا
بالرمي اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة ولو لم يرج حيوته بان قطع الرمي الاول راسه او شق بطنه ونحوهما يحل
لان الموت مضاف الى الاول لا الثاني ولو لم يثخنه الاول ورماه الثاني فقتله يحل اكله لانه حين رمى الثاني كان صيدا
لقدرته على الامتناع وكان الصيد للثاني لانه هو اخذه واخرجه عن الامتناع وقال عليه السلام الصيد لمن اخذه
وان كان رميا معا فسبق احدهما اى اصاب سهم احدهما قبل الاخر واثخنه الاخر اى اصابه سهم الاخر فقتله كان
للاول لانه هو الذي احرزه باثخانه ويحكم بحله وقال زفر رحمه الله لا يحل اكله لانه لم يكن صيدا حين اصابه سهم
الثاني فلا يكون جرحه ذكوة اضطرارا لان المعتبر وقت الاصابة كما لو تعاقبا في الرمي ولنا انه كان صيدا وقت رميهما
والمعتبر في الحل حالة الرمي لانه فعل كامن المزكي في الذكوة والاختيارية بخلاف ما اذا تعاقبا لان الاثخان حصل له
باصابة السهم الاول وانما صادفه السهم الثاني حال كونه غير صيد واما حال الاصابة انما يعتبر في الملك لانه يحصل بالاخراج
عن الامتناع وهو يحصل بالاصابة لا بالرمي ورمى ذئبا اى رمى على قصد انه ذئب او اسد او خنزير وسمى فاصاب ظبيا
حتى اجزنا الكل وقال زفر رحمه الله لا يجوز اكله لان هذه الحيوانات ليست بصيود ولهذا لا يجب بقتلهن على المحرم جزاء
فصار كما لو رمى انسانا او كلبا فاصاب صيدا ولنا ان تعريف الصيد وهو ما يتوحش ولا يؤخذ الا بحيلة فهو صادق على
هذه الحيوانات فصار رميا الى الصيد فجاز اكله كما لو رمى حمار وحشي فاصاب صيدا وعدم وجوب الجزاء في الذئب لكونه
من الفواسق الخمس لا لانه ليس بصيد وفي قتل الخنزير والاسد جزاء اذا لم يبتدئ الصيد لانهما بخلاف لو رمى الى الانسان لانه
ليس بصيد واعلم ان صيد المجوسي والوثني والمرتد والصبي والمجنون الذين لا يعقلان التسمية حرام بالاجماع الا عند
الشافعي رحمه الله فيمن لا يعقل التسمية كذا في العيون بناء على اصله وهو ان التسمية ليست بشرط عنده كما مر **فصل**
في الذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة والذبح شرط حل الذبيحة وهو الذكوة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه سبب لتمييز
الدم النجس من اللحم الطاهر وهي تنبئ عن الطهارة قال عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي على نوعين ذكر واحد
ذكوة اختيارا اى في حالة الاختيار في الحلق واللبة وهي النحر فيما بينهما فلا باس في الحلق كله اعلاه واوسطه واسفله

الذكوة ما بين اللبة واللحيين جعل جميع الحلق مذبحا وهي قطع عروق معلومة سيأتي بيانه واضطراري بالجرح اي انهر
اي في اي موضع كان من البدن فاقيم ذكره مقام الذبح لثبوت العجز عنه وان الشاة اذا ندت في المصر لا يكون كالصيد لامكان
اخذه وكل من البقر والبعير اذا ند فيها او في الصحراء يكون كالصيد ونحن نشترط التسمية فيهما اي في الاختياري والاضطراري
حتى لو تركها عامدا يحرم ولا يجوز بيعها ولو حكم القاضي بصحة البيع لا ينفذ وكذلك عند ارسال الجارح وعند الرمي وقال
الشافعي رحمه الله هي سنة فيهما وهو قول مالك في رواية وعنه سقوطها في رواية له لو كان شرطا لما سقطت بالنسيان ولنا
قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والنهي يقتضي الحرمة وقوله عليه السلام لعدي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل فالشرط الذكر الخالص لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال الذابح حال الذبح اللهم اغفر لي لا يحل
ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس فقال الحمد لله لا يحل في الاصح كذا في النوازل لانه يريد به الشكر على النعمة
وان تركها اي التسمية ناسيا حل وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما لقوله عليه السلام تسمية الله في قلب كل مؤمن وقال
مالك رحمه الله انه يحرم على ما ذكر في المنظومة والنوازل وهو مذهب ابن عمر رضي الله عنه قياسا على حرمة اكل متروك التسمية عمدا وذكر
ابن بشير في كتاب التسهيل فان تركت التسمية متهاونا لم يؤكل بلا خلاف ايضا في المذهب وان تركها غير متهاون ففي المذهب
قولان انه يؤكل او لا يؤكل فلذلك ترك الخلاف فيه ويكره ان يذكر مع اسم الله غيره كما اذا قال بسم الله محمد رسول الله بالرفع وانما
كره لذكره موصولا باسم الله من غير عطف ولا شركة فلم يكن الذبح واقعا لغير الله فان وصل وعطف حرم لوجود الشركة بالعطف
كما لو قال بسم الله ومحمد رسول الله بالجر ولو فتح قيل يحل لانه ابتداء والاولى تركه كذا في النوازل قيل الاوجه انه لا يعتبر الاعراب بل يحرم
مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري على الاعراب وبالجملة على ثلثة اوجه ما يوجب الحرمة وما يوجب الكراهية وما لم يوجب شيئا ولو ذكر
غير الله قبل التسمية وقت الاضجاع وبعد الذبح لا يكره لقوله عليه السلام بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد وقال بعض
العلماء من اعتقد اباحة متروك التسمية عامدا يكفر لان الحرمة ثابتة بدليل قطعي وهو الكتاب واجماع السلف قال الامام السرخسي
الا انا لا نكفر لانهم يقولون بتاويل والكفر يثبت باقل مما يثبت به الحدود فات الكفران اذا ان في الحرق يحد ولو اتلفت لا يكفر
وفي الخلاصة لو سمى وحد الشفرة او انقلب الشاة او قامت من مضجعها ثم اعادها الى مضجعها انقطعت التسمية ولا
يؤكل ولا يحل ذكوة غير المسلم والكتابي فيحل ذبيحة الكتابي ذميا كان او حربيا وذبيحة مجنون وصبي يعقل وامراة واخرس
واقلف بالاجماع الا عند مالك في ذبيحة يهودي لا يؤكل شحمها كذا في العيون ولنا قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم والمراد منه ذبائحهم لان الطعام الغير المذكى يحل من اي كافر كان ولو كانت الذابح صبيا او مجنونا او امراة لا يعقلون
التسمية ولا يضبطون الذبيحة ولا التسمية لا يحل ذبيحتهم لان التسمية بنص الكتاب حرم ذبيحة المجوسي والوثني
لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم وكذا لا يحل ذبيحة المرتد لانه لا ملة له
لانه ترك الملة التي كان عليها والتي انتقل اليها لا يقر عليها ولهذا لا يجوز نكاحه ولو تولد ولد من مجوسي وكتابي لو ذبح

نحن نجيز ذبحه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان جزء المجوسي وهو محرم فيرجح على المبيح ولنا انه كتابي لان الولد يتبع
خير الابوين دينا ولهذا لو كان احد الابوين مسلما يحكم باسلامه ويسن نحر الابل وهو قطع العروق في اسفل العنق
عند الصدر ويسن ذبح البقر والشاة لقوله تعالى فصل لربك وانحر قال المفسرون المراد نحر الجزور ولقوله تعالى ان الله
يامركم ان تذبحوا بقرة ولقوله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما يذبح وكان كبشا وهذا هو المتوارث من فعله عليه السلام
والصحابة رضي الله عنهم الى يومنا هذا ويكره العكس اي نحر البقر والشاة وذبح الابل لمخالفة السنة بغير ضرورة
والشافعي رحمه الله لا يكره ما ذكر اي العكس بغير ضرورة وقال مالك لا يؤكل الذبيح بالعكس حتى لو وقع المخالفة السنة المتواترة
بغير ضرورة ففي الضرورة يجوز عنده وفي عدم الضرورة له اقوال منع الاكل وهو المشهور والجواز والتفرقة فيؤكل
الابل ان ذبحت ولا يؤكل غيرها ان نحرت ولنا قوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل لان العجز عن الاول
اذا ثبت عدل الى البدل وهو الجرح كما اذا وقع البقر في البئر ولو ذبح بالعكس لضرورة حلال بالاجماع ويذبح ما استانس
من الصيد لان الذكوة الاختيارية لم يحل بلا تركه عند القدرة ويجرح ما استوحش من النعم والبقر والبعير اذا ند في
الصحراء او المصر يكون بمنزلة الصيد والشاة اذا ندت كذلك فيكفي الذبح الاضطراري واما في المصر فلا يحل لانه يقدر
لامكان اخذها بخلاف البعير والبقر لتصور حصول الاذى منهما فيتحقق الاذى والعجز ولو تردى في بئر لا تقدر على
ذكوته في العروق فهو كالصيد اذا لم يتوهم موته بالماء ويقطع الحلقوم وهو مجرى النفس والمري وهو مجرى الطعام والشراب
والودجان وهما عرقان يجري الدم فيهما فيكون الذكوة قطع اربعة وهي الحلقوم والمري والودجان ونحن لم نكتف بالاثنين
يعني اذا قطع الحلقوم والمري لا يكفي في الذبح عندنا وقال الشافعي رحمه الله يكفي وهو قول لهم رحمه الله لان الحيوة يزول بذلك
وهو المقصود من الذبح ولنا قوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وانما جمع الاوداج تغليبا على الحلقوم والمري و
لو ذبح شاة ولم يسل الدم منها ولم يتحرك لا يحل اكلها وان وجد احدهما يحل هذا اذا لم يعلم حيوته وقت الذبح وان علم حل
وان لم يتحرك ولم يسل منها الدم كذا في النوازل وقطع الاكثر اي الثلث ايها كانت في رواية وفي رواية لا بد من قطع الحلقوم
والمري واحد الودجين وهو قول ابي يوسف رحمه الله كذا في النوازل كما هو كاف عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يحصل بقطع الاكثر انهار في
الروح وانهار الدم ويشترط ابو يوسف رحمه الله في الرواية التي يرجع اليها قطع احدى الودجين معهما اي مع قطع الحلقوم
والمري لان كلا منهما يخالف الاخر فلا بد من قطعهما واما الودجان فالمقصود من قطعهما انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر
ولا بد من قطع الاكثر من كل واحد منها اي لقول محمد رحمه الله فانه قال المعتبر قطع اكثر كل فرد من هذه الاربعة وهو قول الاول من ابي يوسف رحمه الله
لان كل واحد منها ينفصل عن الاخر والامر ورد بقطعه فعلم الاكثر مقام الكل وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج
لم يؤكل والقدوري جعل قول محمد رحمه الله مع قول ابي يوسف رحمه الله وجعل الكرخي مع قول ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ما ذكره المص رحمه الله
نعم لابي حنيفة رحمه الله المعتبر القطع في اكثر العدد وعند محمد رحمه الله في قطع الاكثر في كل فرد منها وفي الخلاصة العتابي والاولى بالذبح

في الحلق كله اعلاه واوسطه واسفله وفي العيون وعند الكرخي شرط قطع الكل وذكر صاحب المنظومة في باب مالك ان الاخلال
بقطع احد من العروق لا يجوز به الذبيحة وهذا شاذ في مذهبه قال ابن بشر في كتاب التنبيه اذا قطع الذابح الحلقوم
والمري والودجان اكلت بلا خلاف وان لم يقطع المري فقولان منه اشهرهما جواز الاكل وترك قطع المري ان ذبح منع
الاكل فان ترك الاوداج جملة لم يؤكل وان اتى على اكثرها فقولان وان لم يقطع الحلقوم فالمعروف من مذهبه موافق لمذهب
ابي حنيفة رحمه الله فان الواجب عنده قطع الاكثر من هذه العروق مطلقا اي اي ثلث كانت فلهذا ترك المص الخلاف ويجوز الذبح بما انهر الدم
اي اخرجه الا الظفر والسن القائمين في محلهما بالاجماع لما روي انه عليه السلام قال انهر كل ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس
السن والظفر اي فانهما من عادة الحبشة بهما فانهم كانوا يذبحون بهما قائمين اظهارا للجلادة ونحن نجيزه بهما اي بالسن والظفر حال كونهما
منزوعين ويكره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول ابن عمر كذا في العيون لانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما لو ذبح
بهما غير منزوعين والمذهب محمول على غير المشروع وكان ذلك عادة الحبشة فنهى النبي عليه السلام وكذا الخلاف في قرن وعظم منزوع
لا نهاية ولنا المنزوع آلة جارحة فيجوز الذبح به كما لو ذبح بحجر محدد وانما كره لانعدام احسان الذبح واما المذبوح بالقائمين
فانما لم يجز لاحتمال ان يحصل الموت فيه من الثقل فيشبه المنخنقة ويستحب ان يحد شفرته وهي سكين عظيم لما روي انه عليه السلام
راى رجلا اضجع شاة واخذ يحد شفرته فقال هلا حددتها قبل ان تضجعها ويكره ان يبلغ بها اي بالسكين النخاع
وهو عرق ابيض في عظم الرقبة لنهيه عليه السلام عنه واما اذا انتخع قبل ان يبرد لا يكره لانه لا الم بعدما سكن وان يقطع الراس
قبل ان يسكن لان قطع الراس زيادة تعذيب للحيوان بلا فائدة وان ابتدا بالقطع من القفا وعند مالك لا يحل
لا يحل بالذبح من القفا كذا في العيون والحال انه حي حية الى قطع العروق ولو مات قبل قطع العروق لا يحل لانها ميتة
والقصر الميت لا يؤكل منها ولم يشعر كذا في الذخيرة عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله اذا ذبحت امه وقالا
ان تم خلقه يحل شعر او لم يشعر كذا في الذخيرة وعن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعة من الذبيحة الذكر
والانثيان والقبل والغدد والمرارة والمثانة والدم ثم قال ابو حنيفة رحمه الله الدم حرام للنص القاطع لانه رجس
بعد انها فيتذكى بذكاة امه وعند محمد رحمه الله لا يؤكل الغلام ما لم يتم خلقه ولم يشعر واما قبل ذلك فهو بمنزلة المنخنقة
كذا في مجمع الفتاوى ولو وجد حيا ولم يبق من حيوته مقدار ما يذبح ثم مات يؤكل كذا في النوازل وله انه يحتمل ان يكون
ميتا بذبح امه وان يكون ميتا قبله فلا يحل بالشك ولهذا كره ابو حنيفة رحمه الله ذبح الشاة الحامل القريبة الولادة
اضاعة ولدها ولا يكره عندهما لانه ياكل عندهما واذا ذبح غير ماكول طهر لحمه وجلده لان بالذكاة يزول الرطوبات النجسة فيطهر
كما في الدباغة الا المحرم ونجس العين فلم يعمل فيها الذكاة كالآدمي والخنزير كما لا يعمل الدباغة في جلده ولو ذبح شاة
فلم يتحرك منها شيء الا فيها قال محمد بن سلمة رحمه الله ان فتحت فاها او عينها او مدت رجلها او قام شعرها لم يؤكل وان كان على العكس
اكلت كذا ذكره المص رحمه الله وقال في النوازل شاة مريضة بقي فيها من الحيوة مقدار ما بقي في المذبوح بعد الذبح اذا ذبحها

عند ابي حنيفة رحمه الله واذا ذبحها ولم يعلم حيوتها ان تحركت فيها او عينها اكلت وان [illegible] لا يؤكل وكذا ان قام شعرها او قبضت
رجلها والمعتبر فيه الحركة لا سيلان الدم وقيل ان سال تحل وان لم تسل لا تحل **فصل** فيما يحرم اكله و
يحرم كل ذي مخلب اي ظفر من الطير كالبازي والنسر وغيرهما وذي ناب من السباع وهو بيان لكلا النوعين و
السبع كل جارح قتال منتهب كالاسد والنمر والذئب والفيل والقرد واليربوع والسنور البري والاهلي وابن عرس
عادة والمراد من ذي مخلب يصيد بمخلبه والمخلب للطير كالظفر للانسان ومن ذي ناب يصيد بنابه الا عند مالك يباح كذا في
العيون ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع والحشرات كلها وهي كل ما ليس له دم
سائل الا الجراد كالذباب والعقارب والفارة ونحوها لانها من الخبائث قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والحمر الاهلية والبغل
لنهيه عليه السلام يوم خيبر عن لحوم حمر الاهلية والبغل متولد منها فكان في حكمها ولو كان البغل متولدا من الرمكة يكون لحمه
كلحم الفرس على الخلاف وكذا الخيل يحرم اكل لحمه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحرم وهو قول الثلاثة كذا في العيون لما روي
النبي صلى الله عليه وسلم اذن في لحم الخيل يوم خيبر وله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها امتن الله عباده بركوبها و
لو كانت ماكولة لامتن به لان الحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم مع وجودها فتبين من التشبيه ان لحم الخيل حرام عنده ولما روى خالد بن الوليد
نهى عليه السلام عن اكل لحوم الخيل والحمر الاهلية وروى المقدام بن معدي كرب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حرم عليكم الحمر الاهلية وخيلها
وبغالها والمذكور في الهداية مكروه كراهة تحريم وهو الصحيح وهو قول الكل رحمه الله والترجيح بالمحرم اولى في النوازل وفرق
بين الحرام والكراهة التحريمية لان فاعل الاول يعاقب في الاخرة دون الثاني وذكر الاسبيجابي الصحيح انه مكروه كراهة تنزيه
حكي عن عبد الرحيم الكرماني انه قال كنت مترددا في هذه المسألة فرايت ابا حنيفة رحمه الله في المنام يقول لي كراهة التحريم يا عبد الرحيم
كذا في الحقائق واما لبنه قيل لا باس بشربه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد كذا في النوازل ويكره الرخم بفتح الراء المهملة
والخاء المعجمة بالتركي [illegible] والبغاث وهو طير صغير يشبه العصفور والغراب لانها تاكل الجيف فاندرجت في الخبائث
غراب الزرع وهو غراب اسود ويخالف الغراب في صغر الجثة وانه يتدرج في المنازل ويأكل الحب ويطير ويرجع وروي
عن ابي يوسف واما الذئب لما روي انه عليه السلام اكل الذئب حين اسدى اليه مشويا والغراب الابقع والاسود على المذاهب لانه
ان كان يأكل الجيفة لا غير يكره وان كان لا يأكل الجيفة لا يكره وان كان يخلط بأكل الجيفة والحب قال ابو حنيفة رحمه الله لا يكره وهو الاصح
وقالا يكره كذا في النوازل ولحم الجلالة روي انه عليه السلام قال احلت لنا ميتتان السمك والجراد ونحن نحرم الضب والضبع والثعلب
وقال الشافعي رحمه الله يحل وهو قول مالك ولهم رحمه الله كذا في العيون لما روي انه عليه السلام احل هذه الحيوانات حين سئل عنها ولنا
ما روي انه عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها عن اكل الضب حين سألته وعن اكل الضبع والثعلب من السباع وفي الخفاش
الخطاف والبوم يؤكل والخفاش وقيل لا ولو ان جديا غذي بلبن الخنزير لا باس باكله وكذا الدجاجة حيث لا تأكل النجاسة
حبس الدجاجة في البيوت ثلاثة ايام وثمان عشرة ايام وفي الابل والبقر شهرا يعلف بعلف طاهر ثم يذبح كذا في النوازل

لما روي انه عليه السلام قال تحبس الجلالة ثلاثة ايام والابل الجلالة شهرا والبقر عشرين يوما وان تعلف وهو محمول على
انه لا ياكل الا الجيف وجد منها الريح منتنة في لحمها فلا يشرب لبنها ولا يوكل لحمها وتلك حالها يكره بيعها وعرقها نجس قيل تحبس
لا يحل من حيوان المائي الا السمك والمارماهي والجريث بكسر الجيم وتشديد الراء بالتركي سزن بالق وقال ان فيه الجميع
الحيوانات البحر حلال الا الضفدع وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله تعالى احل لكم صيد البحر واستثنى اكل وجماعة من العلماء رحمهم الله
منها الخنزير والكلب والانسان كذا في النوازل ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والطباع السليمة تخبث غير السمك
ولما روي انه عليه السلام نهى عن بيع السرطان والخلاف في الاكل والبيع واحد والمراد بالصيد في الاية الاصطياد ولا يباح
منه للاكل ويكره اكل ما الطافي منه اي الذي مات من السمك بغير آفة معلومة وقال الشافعي رحمه الله لا يكره وهو حلال اكله عنده
لاطلاق ما تلونا من الاية ولنا ما روي انه عليه السلام قال ما طفى لا تاكلوه فكل وما انحسر عنه الماء اي ذهب عنه فكل
وما طفى منه فلا ياكل والطافي ما بطنه فوقه ولو كان سبب موته معلوما من حر الماء وانكشافه يوكل والا فلا وان مات من شدة
حر الماء او برده قيل يوكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا كذا في التبيين وفي الخلاصة سمكة بعضها في الماء
بعضها في الارض ميتة ان كان الراس خارج الماء اكل وان كان في الماء وكان ما يلي الارض اكثر من النصف اكل وجد
السمك على وجه الماء وبطنه فوق لم يوكل وان كان ظهره من فوق يوكل ولو ضرب سمكة فقطع بعضها لا بأس باكلها وان
وجد الباقي يوكل ايضا كذا في الخزانة واذا ارسل السمكة في الماء النجس فكبرت فيه لا بأس باكلها في الحال كذا في مجمع الفتاوى

كتاب الاضحية

وهي تشبيها لما ما يذبح ايام النحر بنية القربة لله تعالى اعلم ان القربة
المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقة ونوع بطريق الاتلاف كالعتق وتجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب
باراقة الدم وهو الاتلاف ثم التصدق باللحم وهو تمليك وهي واجبة على كل مسلم حر مقيم موسر [illegible] فلا يجب على
من لم يتصف بالاوصاف المذكورة وقال الشافعي رحمه الله هي سنة في رواية عنه كذا في العيني لقوله عليه السلام ثلث كتب
علي ولم يكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى ولنا قوله عليه السلام من ضحى قبل الصلوة فليعد فلولا انها واجبة لما امر بالاعادة
والامر للوجوب في وجوبها عن ولده الصغير روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية تجب عنه لانها قربة مالية متعلقة
بيوم العيد كصدقة الفطر وظاهر الرواية عنه انها لا تجب لانها قربة محضة والاصل فيها ان لا يجب على احد بسبب غيره بخلاف
صدقة الفطر لان سببها راس يمونه ويلي عليه ولهذا تجب على المولى عن عبده الصدقة دون الاضحية ولا يجب من ولده الكبير
بالاجماع ويجب عليه الاضحية في مال الصغير بالاجماع يضحي عنه ابوه او وصيه وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير
لان القربة يتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع والاب لا يملكها كما لا يملك اعتاق عبده ولا يمكن [illegible] كله
في الاصح اي الاصح يجوز كذا في الهداية وذكر في الهداية والكافي الاصح انها لا يجوز قولهم جميعا قالوا ان نفع [illegible]
اجازوا البقرة والبدنة عن سبعة يريدون جميعها القربة يجزي عن اهل بيت واحد بينة فلا يصح الشركة بحقيقة [illegible]

على الاكثر من سبعة لا من اهل بيت واحد بينة في قول مالك رحمه الله فانه قال مطلقا سواء كانوا سبعة او اكثر لاطلاق
قوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة ولا يجوز من اهل بيتين وان كان اقل منها كذا في النوازل ولو كان متفرقين
لا يجزي عنهم عنده لان الاضحية واحدة وانما يجزي عن اشخاص متحدة معنى باتحاد موضعهم ولا كذلك المتفرقون ولنا قوله عليه السلام
البدنة والبقرة عن سبعة ولو اراد احدهم بنصيبه اللحم لا القربة لا يجزي عن واحد منهم لان الدم لا يتجزى ولو اشترى [illegible]
البدنة والبقرة للاضحية ثم اشترك فيها ستة نفر حكمنا بالاجزاء عنهم ويقتسمونها وزنا لان اللحم من الموزونات وقال
وهو القياس لا يجزي عنهم لانها اعدت للقربة فلا يجوز بيعها وفي الشركة بيعها ولنا ان المضحي وقت شراء البدنة قد لا يجد
من يشاركه فيها فبعد شرائها يجد شركاء فجوزنا للحاجة استحسانا والاولى ان يطلب الشركاء قبل الشراء لئلا يكون
راجعا عن القربة في الصورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره بعد الشراء وقيل لا يكره ما الاشتراك وقت الشراء ولو اقتسموا
لحمها جزافا لا يجوز الا اذا جعلوا مع اللحم شيئا من السقط كالراس والاكارع يجوز ويكون السقط بمقابلة الزائد وشريكه
السنة لو نصرانيا او مرتدا للحم لم يجز منهم الاعتداد [illegible] عن نوح كذا في العيون وتختص الاضحية بالابل والبقر
والغنم ولم يرد الشرع بغيرها لقول الصحابة رضي الله عنهم الضحايا من الابل والبقر والغنم ويكره لمن يجز صوف الاضحية وكذا
الانتفاع بلبنها [illegible] شاة افضل من بقرة واحد وقيل البقرة افضل منها تعظيما لشعائر الله تعالى وقيل يعتبر الاحب عندهم كذا في
النوازل ويجزي فيها ما يجزي في الهدي وهو الثني فصاعدا من الغنم ما له سنة ومن البقر ما له سنتان ومن الابل ما له خمس سنين
ولا يجوز الجذع فيها الا من الضأن ويدخل في البقر الجاموس كما يدخل في الغنم المعز ويدخل المولود من الاهلي والوحشي في تبع
الام حتى لو نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد وفي المحيط لو اشترى شاة فولدت يذبح الولد مع الام لان الام تعينت محلا
للقربة فتسري الى الولد وان اشتراها [illegible] لا يذبح الولد لان الام بالشراء لم يتعين للاضحية ويضحى بالجماء
بتشديد الميم وهي التي لا قرن لها والخصي لان لحمه يكون اطيب والثولاء بالثاء المثلثة هي المجنونة والثماء وهي التي لا اسنان
لها التي تعلف لان ذلك غير مخل بالمقصود وهو اللحم لانها بالاعتلاف يكون سمينة والجرباء وهي التي لها جرب السمينة
ولو كانت مهزولة لا يجوز لان لحمها يكون ناقصا بالجرب لا العمياء والعوراء والعجفاء ومقطوع اكثر الاذن والذنب
والالية بالاجماع [illegible] فيجوز مقطوع الاذن وكرمه كذا في العيون ولو اشترى سليمة فصارت معيبة
بعيب مانع فان كان غنيا فعليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه لان الوجوب على الفقير لم يثبت بالشرع بل بشرائه فتعينت
بنية الاضحية ويأكل منها اي المضحي من الاضحية واذا اشترى الفقير اضحية فسرقت فاشترى اخرى ثم وجد الاولى
فعليه ان يضحي بهما لان الوجوب عليه بالشراء بخلاف الغني فان الوجوب عليه بايجاب الشرع ولهذا لو مضت ايام النحر ولم يضح يجب
عليه ان يتصدق بقيمتها والغني يتصدق بقيمة شاة لتعين ما ذكر كذا في النوازل ويطعم الغني والفقير ويدخر لقوله عليه السلام كنت
نهيتكم عن لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يطعم غنيا آخر ويستحب ان لا ينقص الصدقة

من الثلث لان الجهات ثلث الاطعام والاكل والادخار ويكون لكل منها الثلث وبتصدق بجلدها لانه جزء الاضحية
او يعمل منه آلة كالنطع والزلو ونحوهما مما ينتفع به ويشترى به اي بالجلد ما ينتفع به مع بقاء عينه كالغربال ونحوه لان
البدل حكم المبدل عنه بقاء عينه لانه اشترى بجلده ما ينتفع به الا باستهلاك عينه كالطعام لا يجوز لان اللحم ورمان
ينتفع به او ببدله فان باعه بشيء من النقود تصدق والغنم فيه ان لا يتمول بثمنه ولو اشترى بلحمها ما ينتفع به مع بقاء
عينه لا يجوز كذا في الكافي وذكر شيخ الاسلام ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ويستحب ان يذبحها بنفسه ان كان يحسن
الذبح لانها عبادة وان لم يحسن ذلك يفوض الى غيره ولكن يستحب ان يحضر ذلك لما روى انه عليه السلام قال يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك بكل ذنب اول قطرة تقطر من دمها ويكره ان يذبحها كتابي لانه ليس من اهل القربة لكن
جاز ذبحه وحصل للآمر القربة بانابته ولو غلط اثنان وذبح كل اضحية الآخر اي ايام الاضحية اجزاء عنهما استحسانا ويأخذ كل
امرء اجزاء عنهما ويأخذ كل منهما اضحيته ان كانت باقية وهو قول زفر وابي يوسف والثلثة منهم انه لا يصح ويضمنان كذا
وان كانت ما كولة يحلل كل منهما صاحبه وللضمان عليهما وكانت القياس ان يضمن كل منهما وجه الاستحسان انه لما اشترى كل
منهما شاة للاضحية تعينت لها ويكره تبديلها بغيرها فصار كل منهما آذنا بالذبح لانها يفوت بمضي وقتها ولحاقها ان
يعجز عن اقامتها بعارض فلا يضمن لانه وكيل منه حتى كما ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها فذبحها الآخر
ولو ذبح الراعي والاجنبي شاة لا يرجى حيوتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد يضمن فلو ضحى للميت فالاجر والملك للمضحي
منه ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر كالو ضحى لنفسه اذا لم يأمره الميت واما اذا امره فليس له ان يتناول منه هو المختار
لانه وقع عن الميت كذا في النوازل ولو غصب شاة وضحى بها ثم ادى ضمانها يضحي حكما باجزائها عن الاضحية وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لانها لم تكن ملكه وقت التضحية ولنا ان الملك استند الى وقت الغصب كان ملكه ثابتا فيها وقت التضحية
وهو كاف في جواز التضحية ولو ذبح شاة وديعة لا يجزي بالاجماع ولو لم يؤد قيمة الشاة المغصوبة لم تجز بالاجماع لعدم الملك
ويختص الاضحية بيوم النحر ويومان بعده خلافا للشافعي لما فيها من مسارعة الخير ويدخل وقتها بطلوع الفجر النحر الا ان اهل
الامصار لا يضحون قبل الصلوة واما سكان البوادي فيجوز لهم اذا انشق الفجر والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كان
المضحي في المصر وتضحية في البادية يجوز قبل الصلوة وبالعكس لا يجوز لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته
وفي الخلاصة لو فات الصلوة يوم النحر يجوز التضحية قبل الصلوة في الغد وبعد الغد وان لم يصل في البلد صلوة العيد
لفتنة او لعدم والي فضحوا بعد طلوع الفجر جاز وهو المختار وفي المحيط اذا ترك الامام الصلوة يوم النحر بعذر او لغير عذر
لا يجوز التضحية حتى يزول الشمس لان الصلوة من حقه ويجوز التضحية في الغد قبل الصلوة لانه فات وقت بزوال الشمس في اليوم الاول والصلوة في الغد قضاء لا اداء فلا يظهر في حق التضحية

كتاب الايمان

جمع يمين وهي في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة والقدرة وهي الجارحة وفي الشريعة عبارة عن عقد

وربط الخبر في المستقبل ليتحقق الصدق منه قولا او انما سمي الحلف لانهم كانوا اذا تحالفوا اي باليمان وتصافحوا وتعاهدوا
بايمانهم التي هي الجوارح تاكيد لما اعتقدوا وكذا سمي القسم لانهم كانوا يتماسحون بايمانهم حالة التحالف وقد تسمى المحلوف عليه يمينا
لتلبسه بها ومنه الحديث من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها الحديث وهي مؤنثة في جميع المعاني وهي انواع نوع يجب البر
عليه ان كان يمينه على ايجاب طاعة او ترك معصية ونوع لا يجب البر عليه ان كان على ايجاب معصية او ترك طاعة فالحنث او في
ونوع يكون البر اولى فيه ان كان يمينه على ايجاب المباح ويكره الحلف بغير الله وقيل ان اضيف الى المستقبل لا يكره ولئن اضيف
الى الماضي كره وهذا الحلف بغير الله ليس اليمين بغير الله المستعمل في المعهود بين الناس من غير نكير واليمين بغير الله اسم اضيفه
شرطا صالحا وجزاء صالحا يحلف به عادة فهو مشروع ايضا لان الجزاء يحلها على وجود الشرط او يمنعه وهي على العرف مبنى الايمان
والعادة فيما يتعارف الناس الحلف به يكون يمينا والا فلا او لما روي انه عليه السلام قال الطلاق من حلف بالطلاق
فحمول على الحلف بالماضي لما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنه حلف بالطلاق عند النبي عليه السلام فلم ينكر عليه واللغو اللغوي
مرعي فيها لان الكلام يتقوى بها وينقسم اليمين الى غموس يقال يمين غموس لانها غطى فيه وادخل وانغمس فيه وانغمس سميت غموسا
لانها تغمس صاحبها في الاثم وهو ان يحلف بالله تعالى على اثبات شيء او نفيه في الماضي والله انه عمر وهو يعلم انه زيد او في الحال نحو والله
ما لهذا زيد علي وهو يعلم انه عليه دين كاذبا اي متعمدا في الكذب انما اطلق لينا وليكلها فيستغفر الله ويتوب اليه و
لا تجب كفارة فيه وقال الشافعي رحمه الله تجب فيها كفارة لانها لما وجبت باليمين المنعقدة ففيما الغموس يكون اولى ولنا انه
من الكبائر لا كفارة فيها الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس والفرار من الزحف واليمين الغموس والمعصومة
في المنعقدة دون الغموس فلا يقاس عليها والى لغو نحو بفتح اي اليمين اللغو الحلف اي بالله على امر يظنه كما قال
في الماضي او الحال كما حلف انه لم يدخل الدار وحلف عليه وكذا ظنه انه زيد وقال والله انه زيد فاذا هو عمرو لما روي عن ابن عباس
ان اللغو هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى انه صادق والحال انه خلافه اي ان ذلك الامر في الواقع على خلاف ظنه والاثم
ان هذا اليمين من الغموس عند الشافعي رحمه الله فيؤاخذ بالكفارة لانه خالي عن القصد والنية نفي لقوله ان الشافعي رحمه الله
فانه فسر بالحلف على شيء من غير قصد اليمين كما يجري بين الناس لا والله بلى والله سواء كان في الماضي او في الآتي
بان يقصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين لما روي عن عائشة رضي الله عنها هكذا وما صدر من غير قصد يكون خطاء والاثم
مرفوع عن المخطي عندنا لان القصد والنية فيرجى ان لا يؤاخذ بها اي لا يعاقب بيمين اللغو التي هي ما فسرنا من الحلف
وانما يرجى مع عدم المؤاخذة بها ثابت بالنص كقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم لان تفسير اللغو مختلف فيه فيجوز
ان يكون ما فسرنا به ويجوز ما فسره الشافعي رحمه الله فلا يعرف كونه غير آثم وفي تفسيره الحلف به اي بالله فائدة والله
وهو ما روي ابن رستم عن محمد رحمه الله ان اللغو لا يكون الا في اليمين بالله خاصة لان اللغو واقع في المحلوف عليه وتعني قوله
فلا يلزم شيء بخلاف اللغو في اليمين بغير الله لانه لو قال ان كنت رأيت فعبده حر وامرأته طالق على ظن انه لم ير فيلغو الحلوف عليه

ويبقى قوله عبدي حر وامراتي طالق فيلزمه عتق عبده وطلاق امراته وكذا لو قال فعلي حج فيلزمه حج حلفه الثالث
على انه ليس معه دراهم غير المأخوذ ان الباقي عنده اقل من الثلثة لا يحنث فان ثلثة او اكثر يحنث ان اليمين بالطلاق
والعتاق علم او لم يعلم وان بالله فغموس كذا في البزازية والى منعقدة وهي ان يحلف على فعل او ترك في المستقبل فنحو
في الفعل ان يفعل مرة وبر في الترك ان يتركه ابدا فمتى فعل مرة فقد حنث فيلزمه الكفارة كما يجيء تفصيلا وتعليلا
فان كان المحلوف عليه فرضا كقوله والله لاصوم من رمضان وجب البر اي حفظ يمينه او معصية فالحنث اي وجب
ان لا يحفظ يمينه ويكفر الا عند الشافعي رحمه الله لا ينعقد فلا يكفر كذا في العيون ولنا قوله عليه السلام من حلف ان يطيع الله
فليطعه ومن حلف ان يعصي الله فلا يعصيه او كان غيره خيرا اي كان غير المحلوف خيرا من المحلوف عليه كما اذا حلف
ان لا يصلي تطوعا يترجح الحنث لقوله عليه السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير وليكفر
عن يمينه او يتساويا كما اذا قال والله لا اكلم زيدا فالبر اي يترجح البر لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم ويجب بالحنث
الكفارة لمن شاء اعتق رقبة او كسى عشرة مساكين كلا منهم ثوبا شاملا لبدنه فما زاد اي فصاعدا لان لابس
ما يستر به اقل البدن لا يسمى مكتسيا عرفا فلا يكون مكتسيا وفي الكافي هذا هو الاصح وروى عن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ان ما يستر عامة بدنه فعلى هذا لا يجوز السراويل لان لابسه يسمى عريانا عرفا لكن ما لا يجزيه عن الكسوة
يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة كما لو اعطى نصف ثوب تساوي نصف صاع من بر وكذا لو اعطى عشرة مساكين
ثوبا كثير القيمة فنصيب كل مسكين يساوي نصف صاع من بر وكذا لو اعطى عشرة مساكين ثوبا كثير القيمة فنصيب
كل مسكين يساوي نصف صاع من بر نوى او لم ينو لا يجزيه عن الطعام وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه ان لم ينو
لا يجزيه عن الطعام وقال الآخر يجزيه ولو نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بذلك وما يجزي فيه الصلوة وهو مروي
عن محمد رحمه الله اي كسى كلا منهم ثوبا يجوز فيه الصلوة كالسراويل فان ستر العورة شرط في الصلوة فيحصل
وما زاد عليه فضل للمتجمل وهذا لو اعطى رجلا واما اذا اعطى امراة فلم يعطها ما يستر عورتها فلا يجوز كذا في الذخيرة
لانه لا تكون مكتسية شرعا او اطعمهم اي الحانث عشرة مساكين كالفطرة اي كالطعام في صدقة الفطر والاصل فيه
قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او
كسوتهم او تحرير رقبة فالواجب واحد من هذه الثلثة والعبد مخير فيه ونحن لا نوجب تمليكه اي الاباحة في
الطعام اليمين جاز واما الكفارة بغيره فلا يجوز الا بفعل يزيل ملكه عن اليمين ليكون زجرا او عقوبة فلا بد
من التمليك ليزول ملكه على الحنث وقال الشافعي رحمه الله يجب تمليكه وهو قول احمد رحمه الله كما في الظهار كذا في العيون
لانه حق مالي فلا يتأدى الا بالتمليك كالزكوة ولنا ان الاطعام جعل الغير طاعما وهو حقيقة في الاباحة عند الاطلاق
ونحن نجيز اطعام واحد عشرة ايام بان يطعم مسكينا واحدا عشرة ايام فيجوز عن كل الايام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز

الا عن يوم واحد لان العدد المنصوص لم يوجد فيه ولنا ان المقصود دفع عشر حاجات لا عشر حاجات عشرة
اشخاص والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره واذا اعطى مسكينا واحدا
دفعة في يوم واحد ما يطعم عشرة لا يجوز بالاجماع الا عن ذلك اليوم وان اعطاه بدفعات في عشر ساعات قيل
يجزيه وقيل لا ونحن اعتبرنا عتق رقابا عنهن من غير تعيين فان من حنث من الايمان المتعددة ولزمه الكفارات
فاعتق رقابا عنهن كل يمين لكل واحد يجوز عن الكل وقال زفر رحمه الله لا يجوز عنها او لا عن واحد لان الاعتاق اذا وقع عن
الكل مجملا ينقسم كل رقبة على كل يمين اشقاصا فلا يجوز لان المشروع هو الرقاب ولنا ان نية التعيين مع اتحاد الجنس غير
مفيدة بخلاف اختلاف الجنس فانها مفيدة فلو اعتق رقابا عن ظهار وقتل ويمين لا يجوز بالاجماع الا يرى ان من عليه قضاء
رمضان فنوى قضاء يوم صح من غير تعيين انه اي يوم ولو كان عليه قضاء رمضان ونذر لا يجوز من غير تعيين و
نحن اعتبرنا الطعام كل من عشرة رجال صاعا عن كفارتين فانه يشاكل المنصوص فيها ايضا الى الخلاف زفر رحمه الله بالعطف على
في خلاف محمد رحمه الله عنهما وعما جعلا عن احدهما فاذا كان عليه كفارتا يمين فاطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا
من البر اجزاه منهما عند محمد رحمه الله وقالا لا يجزيه الا عن احدهما لانه لا يحصل عن ايهما شاء لان المؤدى عن كل من الواجبين
والمساكين الواحد يصلح ان يكون مصرفا لهما فجاز عنهما كما لو اطعم عن ظهار وافطار ستين مسكينا كل واحد صاعا على الخطة
كما لو اعتق عبدين عن كفارتين ولهما ان نية التعيين في متحد الجنس لغو فبقيت نية التكفير مطلقة فيجعل ما ادى عن كفارة
واحدة احتياطا كما لو كان اليمين واحدة لان التقدير بنصف صاع انما يمنع النقصان عنه لا الزيادة بخلاف مختلف الجنس
لان نية التعيين مفيدة ولو امر الحالف رجلا باعتاق عبد المامور عنه اي عن الامر العتق عن كفارته على كذا اي على
الف مثلا فاعتقه عن كفارته صح جعلناه اي العبد عن الامر اي يقع العتق عن الامر والولاء له ويلزمه الالف
وقال زفر رحمه الله يقع عن المامور والولاء له فيقع عن كفارته لانه عاجز ولا يلزم الامر شيء لان اعتاق الرجل عبده
من الامر محال لعدم الملك فيعتق عن الامر ولنا ان كلام العاقل لا يكون لغوا فوجب تصحيحه بان يجعل منه طلب تمليك
عبد منه بالالف فكانه قال بع عبدك مني بالف ثم كن وكيلي فاعتقه فالمامور اذا اجابه في ذلك كانه قال بعتك عبدي بكذا
فقبلت وكالتك فاعتقه منك فالحاصل ان هذا الخلاف مبني على القول بالاقتضاء فان زفر رحمه الله لا يقول به كما بين في
اصول الفقه ومن قال به يقول بالجواز فيها وان لم يذكر البدل اي قال اعتق عبدك عني ولم يقل بكذا فاعتق يجعل
ابو يوسف رحمه الله العتق عن الامر ويكون الولاء له فيقع العتق عن كفارته اي بالامر ملكه بالهبة من غير قبض لان القبول
الذي هو ركن في البيع لما سقط لضرورة تصحيح الكلام فالقبض الذي شرط في الهبة سقط بالطريق الاولى ولو قال
اشتريته منك فاعتقه عني فاعتقه صح عن الامر كذا ذكره المص كما لو قال اطعم عني عشرة مساكين للكفارة ففعل المامور
فلا يقع العتق عن كفارته لان الهبة الضمنية لا يفيد الملك بدون القبض كالبيع الحقيقي وبخلاف الاطعام لان الفقير يصير قابضا
للامر اولا ثم لنفسه واما العبد فلا يصح ان يصير قابضا لنفسه ثم للامر قبل العتق وان لم يجد احدها اي لم يقدر المكفر عتاق

رقبة ولا الطعام عشرة مساكين وكسوتهم صام ثلثة ايام لقوله تعالى فان لم يجد فصيام ثلثة ايام ذلك كفارة ايمانكم
اذا حلفتم نحن نشترط تتابعها فلا بد ان يصوم تلك الايام متتابعة وقال الشافعي رح في قول وهو قول مالك ولو صام رح
يتخير بين التتابع كذا في العيني لاطلاق النص لانه وان كان من اصله ان المطلق يحمل على المقيد الا ان المنصوص
تعارضت في التقييد فان الصيام في كفارة الظهار منصوص على التتابع وفي المتعة في الحج منصوص على التفريق فلم يكن
تقييده للزوم ترجيح بلا مرجح ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور يجوز
به الزيادة على الكتاب ونحن نعتبر وجدانه وعدمه وقت الاداء اي الوجوب فاذا كان الحالف غنيا وقت الحنث الذي يثبت
به وجوب الكفارة وفقيرا وقت ادائها يجوز له الصيام وقال الشافعي رح لا يجوز لان الاداء معتبر بالوجوب كالعبد اذا
زنى ثم اعتق اقيم عليه الحد ولنا ان التكفير بالمال اصل وبالصوم بدل كما ان الوضوء اصل والتيمم بدل والمعتبر في
الوضوء والتيمم كان وقت الاداء فكذا هذا بخلاف ما ذكر لان العبد ليس بمحل حد الاحرار فاعتبر وقت الوجوب ردا
للحد بقدر الامكان ونحن لا نجيز التكفير بالمال قبل الحنث وقال الشافعي رح انه يجوز وهو قول مالك ولو صام لا
كذا في العيني لان اليمين سبب الكفارة بدليل اضافتها اليها فيجوز تقديمها على الحنث بعد وجود سببها كما جاز الزكوة
بعد كمال النصاب قبل الحول ولنا ان الكفارة شرعت لرفع الذنب والذنب انما يكون بالحنث فلا يجوز قبله كالتكفير بالصوم
ويدل عليه قراءة ابن مسعود رضي الله عنه كفارة ايمانكم اذا حنثتم بخلاف ما استشهد به لانه يكفر بعد وجود سبب الوجوب ولو قدم
لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة ونحن لا نوجب على الكافر كفارة فاذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه
لا كفارة عليه وقال الشافعي رح عليه الكفارة بالمال وهو قول مالك واحمد رح كذا في العيني لان اليمين حتى لو بروا الكافر اهل
بتعظيم الله ولهذا يستحلف بالله في الدعاوى ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم والكافر ليس اهلا للبر لانه
انما يكون ممن يعظم الله تعالى والكافر لم يكن بحرمة اسم الله فلا يكون معظما واما استحلافه في الخصومات فلانه اهل للمقصود
النكول والاقرار ولان الكفارة عبادة في ذاتها وكونها عقوبة بالنظر الى سببها والكافر ليس اهلا للعبادة ويستوي
العامد والناسي نقل عن الشيخ بدر الدين الستار ان الناسي في اليمين ان يكون مذهولا عن التلفظ به ثم تذكر انه تلفظ اليمين
يمينا ناسيا فانه يكون يمينا الوجه حقيقة نحو ان يقول لغيره الا تاتينا فيقول بلى والله غير قاصد اليمين والمكره
في اليمين وعند الثلثة خلافا ومكرها لا ينعقد ولو فعل المحلوف به يحنث لا عند الشافعي رح في الاصح ولم يوجد رواية
كذا في العيني فالحالف قاصدا او ناسيا ومكرها يحنث في اليمين كما اذا حلف ان لا يحلف فحلف قصدا او كرها او ناسيا يكون حانثا
سبب الوجوب لكفارة لان الشرط هو الفعل وقد وجد والفعل الحقيقي لا يصير معدوما بالنسيان والاكراه كذا الفاعل
وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو ادير الحكم على دليل الاثم وهو الحنث لا على حقيقة الاثم فلم يوجد الاثم
على الناسي والمكره وعن قاضي القضاة فخر الدين قاضي خان ومن تبعه البزدوي وعن النخعي النية في اليمين نية المستحلف ان كان مظلوما
ولو كان ظالما فالمعتبر نية الحالف وبه وهو اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله هذا اذا كان اليمين بالله واما لو كان اليمين بالطلاق

فالمعتبر فيه نية الحالف مطلقا وقال الكرخي رح ان النية في اليمين نية الحالف سواء كان ظالما او مظلوما فعلى هذا قول اصحابنا انهم
يلبس للرجل ان يحلف بحيلها الطلاق والعتاق وبعضهم جوز ولسنا وهو مفوض الى راي الامام كذا في النوازل ولا يصح يمين الصبي
والمجنون والنائم وقد مر بيان تعليلها في الفصل الاول من كتاب الطلاق **فصل** فيما يكون يمينا وفيما لا يكون
ونحلف بالله تعالى وباسمائه وصفاته كالرحمن الرحيم وغيرها قال بعض مشايخنا ان الحلف بكل اسم لا يسمى به غير الله كالرحمن وغيره
باسم يسمى غير الله به كالحكيم والعليم وغيرهما وانما يكون يمينا اذا اراد به اليمين والظاهر الصحيح من مذهبنا ان الحلف باسم من اسمائه تعالى
سواء تعارف الناس بالحلف به او لم يتعارفوا فلهم هنا عبارة عن لفظ دال على الذات مع صفاته لان اليمين بالله يثبت بعموم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت والحلف بسائر اسماء الله تعالى مما يثبت بالنص او دلالته لا يراعى فيه العرف
بحروف القسم الواو والتاء والباء واللام كقوله تعالى لافعلن وقد يضمر حروف القسم فينتصب الاسم على اسقاط الخافض
او تحفظ على حاله كقوله الله لافعلن كذا لان حذف الحروف من عادة العرب ايجازا واهل الكوفة يخفض فيكون الكسرة دالة على
المحذوف في ذكر لفظ الشهادة في الرواية ولفظ الحذف في التعليل مسامحة لان بينهما فرقا فان المضمر يبقى اثره كقوله تعالى
خير الكم اي يكن الانتهاء خيرا لكم والمحذوف لا يبقى اثره كقوله تعالى واسئل القرية ومع هذا يحتاج الحالف بها الى النية في الحلف
لان الحلف بغير الله لا يكون يمينا واما الصفات فما هي يجوز لن يوصف الله بضده كالرضاء والرحمة والسخط والغضب
فالحلف بها لا يجوز لانه حلف بغير الله كذا قال بعض مشايخنا ولكنه غير مستقيم على مذهب اهل الحق لان صفات الله
لا هو ولا غيره وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله تعالى بجميع صفاته فلا يفرق بين صفات ذاته وفعله بل ينبغي ان تعال الايمان
مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لا فلا ولو قال بسم الله الرحمن الرحيم لا افعل كذا ثم فعل لم يكن
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح فعليه كفارة واحدة ولو قال والرحمن لا افعل كذا ان اراد به سورة الرحمن لا يكون يمينا
ولو قال والله والله تعدد اليمين وكذا لو قال والله والله في ظاهر الرواية وعند محمد رح في الاسم الواحد لا تتعدد اليمين
او افعل كذا فانا بريء من الكتب الاربعة فاذا حنث فعليه كفارة واحدة ولو قال فانا بريء من التورية وبريء من الانجيل
وبريء من الزبور وبريء من الفرقان فعليه اربع كفارات اذا حنث كذا في البزازية الا العلم من صفات ذاته فان الحلف
لا يكون يمينا وان نواه لعدم التعارف وعند الثلثة يمين اذا لم ينو المعلوم كذا في العيني ولو حلف بغير الله كذكر اسم
وصفاته كما لو حلف بالكعبة او بالنبي او بالقرآن لم يكن يمينا وعند الثلثة بالقرآن وكلام الله والمصحف يمين وكذا
بالنبي ايضا يمين كذا في العيني ولو قال بكلام القديم او القائم بذاته يكون يمينا بالاجماع ولو قال وحق الله لا افعل كذا
جعل ابو يوسف رح انه يمينا وهو قول الثلثة كذا في العيني لان الحق من صفات ذات الله فنزل منزلة قوله والله الحق
لحلف به متعارف وقالا لا يكون يمينا لان حق الله قد يذكر ويراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله
فلا ينعقد مع الاحتمال ولو قال والحق معرفا كان يمينا لانه اسم الله تعالى ولو قال وحق منكرا لا ينعقد لاحتمال ان يراد به

تحقيق الوعيد واليمين بوجه الله يمين عند ابي حنيفة رحمه الله وبه اخذ ابو يوسف ثم رجع وقال انه يمين لانه يراد به ذات الله تعالى
ويبقى وجه ربك فيصير يمينا بالله ولابي حنيفة رحمه الله انه يراد به غير الله ايضا كما يقال فعل ذلك ابتغاء وجه الله اي ثوابه
فلا يكون يمينا للاحتمال ولكن جعلنا اشهد واقسم واحلف ايمانا وان لم يقل بالله فلو قال اشهد لا افعل كذا ولم يقل بالله
معه يكون يمينا نوى او لم ينو وهو قولنا ومالك رحمه الله كقوله اشهد بالله فانه يمين بالاجماع وقال زفر رحمه الله لا يكون يمينا
وهو قول الشافعي رحمه الله اذا لم ينو اليمين لان الحالف اذا لم يقل بالله يحتمل ان يحلف بغير الله تعالى يمينا بالطلاق ولنا
ان الحلف بغير الله غير مشروع فلا يحمل الكلام عليه عند الاطلاق ولو قال ان فعلت كذا فانا بريء من كل آية من القرآن
ثم حنث فعليه كفارة واحدة ولو قال انا بريء من كتب الفقه وفيه مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم يكون يمينا ولو قال انا بريء
من الله ورسوله ان فعل كذا فعليه كفارة واحدة ولو قال انا بريء من الله وبريء من رسوله فعليه كفارتان ولو قال بسم الله لا افعل
كذا لا يكون يمينا لعدم العرف كذا في النوازل ويجوز بعهد الله نوى او لم ينو لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد
الله وميثاقه بالجر لانه عبارة عن العهد وعند الشافعي رحمه الله لا يكون الا بالنية فيهما كذا في العيون وعلي نذر او نذر الله
اي يجوز الحلف بكل واحد من هذين النوعين حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلي نذر او نذر الله فان نذره قربة من القرب التي تصح
لان مصطلح النذر بها لزمه ما نوى وان لم ينو شيئا لا يكون يمينا وكذا لو قال فعلي يمين او قال ان فعل كذا فهو يهودي
اي ان قال ان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او كافر او بريء من الاسلام تجعل يمينا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون
يمينا وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون لانه حلف بغير الله فلا ينعقد ولنا قوله عليه السلام من حلف باليهودية والنصرانية
فهو يمين ولو حلف بكفره بالشيء قد فعل في الماضي فهل يكفر لان التعليق بشيء تنجيز فيكون اقرارا بانه يهودي وفي الحلف
الصحيح انه لا يكفر في المستقبل ان كان يعلم انه يمين لانه قصد بهذا اليمين ترويج الكذب لا تحقيق الكفر وان كان عنده
انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر وفي المحيط لو قال يعلم الله انه فعل كذا او لم يفعل يكفر لانه وصفه بالعلم بوجود شيء يعلم عدمه
فصار كما لو وصفه بالجهل والاصح انه لا يكفر لانه قصد بهذا الكلام اثبات صدقه في خبره لا وصف الله به او قال ان فعلت كذا
فعليه غضب الله او هو زان او شارب الخمر او سارق او آكل الربوا فليس بحالف بالاجماع في هذه الصور لان الحلف بها غير متعارف
او حرم نفسه شيئا مما يملكه من اللعان وغيره كان يمينا فلم يحرم وكفر ان استباحه الا عند الشافعي رحمه الله وما لك حرمها الله فكفر في
النساء والجواري فقط لان حرمة الحلال سبب عن اليمين وتقريرها على السبب عليه جعل كفر تحريرها عن السبب مجازا او لو وهب ما جعل
حراما او تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة وقوله ما يملك وقع اتفاقا لانه
لا يشترط في اليمين ان يكون في ملكه حتى لو قال مال فلان او ماله علي حرام يكفر ان اكله الا ادراه العباس عن الحرمة او قال كل حلال
علي حرام انصرف الى الطعام والشراب وكان القياس ان يحنث كما فرغ من كلامه لانه باشر فعلا مباحا كالتنفس والتكلم
قالوا استحسانا المقصود من اليمين البر ولا يمكن تحقيقه الا بصلاحه اعتبار العموم واذا سقط انصرف الى الماكول والعادة

والمشروب لا يتناول المراة الا بالنية بشرط العموم الا ان نوى غير ذلك فاذا اراده زوجته يكون ايلاء ولا يخرج عن يمينه الحنث
والشراب فان التصديق بنيته انما يعتبر فيما فيه تغليظ وهو لم يصر موليا الا فيما فيه تخفيف وهو خروج الطعام والشراب عنه ظاهر
الرواية وقيل يفتى بوقوع الطلاق بائنا في قوله كل حلال علي حرام من غير نية لغلبة الاستعمال في ارادة الطلاق وعليه
الفتوى كذا في شرح الملتقى وذكر في الكافي قال بعض مشايخنا هذا اذا لم يتضح في عرف الناس فاذا كان من لا امراة له يحلف كما يحلف
ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لا يستعمل الا ذو الحليلة فالصحيح انه يجعل طلاقا ويقال له ان لم تكن له امراة لا يكون
طلاقا والاولى الاحتياط انه يتوقف المرء فيه ولا يخالف المتقدمين وفي النهاية ناقلا عن النوازل ولو لم يكن له امراة فقال كل حلال
علي حرام يجب عليه الكفارة ولو قال هر چه بدست راست گیرم بروی حرام او لا يجعل طلاقا من غير نية بالعرف ولو قال هر چه
بدست چپ گیرم لا يكون طلاقا لعدم العرف واذا وصل بيمينه ان شاء الله فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله
فقد استثنى فلا حنث عليه بعد يمينه الا عند مالك كذا في العيون والاستثناء بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع عن الايمان
وعن ابن عباس رضي الله عنه انه كان يجوز الاستثناء الى سنة اشهر ومن نذر نذرا مطلقا اي غير معلق بشرط بان قال ان فعلت كذا
فعلي حجة او صوم سنة ففعل لزم الوفاء بما سماه سواء كان الشرط مرادا او لا لقوله عليه السلام من نذر نذرا وسمى فعليه الوفاء
بما سمى وهو ظاهر الرواية وهو لا يخرج عن العهدة بالكفارة والصحيح في النذر المعلق بشرط لا يراد منه الجملة صفة شرط كما
اذا قال ان كلمت زيدا فلله علي كذا لزوم الكفارة عند ابي حنيفة رحمه الله لان فيه معنى اليمين وهو المنع عن المباح وفي الشرط
المراد الابعاد كما اذا قال ان شفى الله مريضي فلله علي كذا فالوفاء بالاجماع لانه نذر ولا يخرج عن العهدة بالكفارة لخلوه عن معنى
اليمين وهذا تفصيل حسن قال في الهداية وهذا التفصيل هو الصحيح وقد اخترته للفتوى وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية انه لا فرق بين
المنجز والمعلق سواء عند وجود الشرط في وجوب الوفاء لاطلاق الحديث وانه يشمل المعلق والمنجز وروي انه رحمه الله رجع
عن هذا في آخر حياته قال عبد العزيز بن خالد الترمذي قد خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة
فلما انتهيت الى هذه المسألة فقال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد
ابان انه رجع عنه قبل موته بسبعة ايام وقال وبهذا يفتى اسماعيل الزاهد وهو اختياري ايضا لكثرة البلوى في زماننا
كذا في شرح المبسوط واذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة يجزئه من ذلك كفارة يمين ووافقه محمد رحمه الله في قوله الصحيح
لزوم الوفاء وهو قول الثلاثة كذا في العيون يعني اجزاء كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى
وهو مخير بين الكفارة وبين الوفاء بما سمى وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي قيل هذا التخيير
بوجود الشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه في معنى اليمين وهو منع النفس فهذا لو كان شرطا لا يريد بان قال ان كلمت فلانا
فعلي حج او صدقة ما املكه فعليه الكفارة لان فيه معنى اليمين وباعتبار صيغة نذر فعليه الوفاء فيتخير بينهما كذا في النوازل
نعم ما ذكرناه دافعه في القول المرجوع اليه وهو غير ظاهر الرواية ولكن نعم رحمه الله في المسألة قول ذكره صاحب الوجيز فقال

فقال لو قال ان فعلت كذا فلله علي صوم او صلاة لزمه الوفاء بعد فعله كما لو قال ان شفى الله مريضي او ذكر عند وصول
نعمة او دفع بلية وعلى قول يلزمه كفارة يمين لان مقصوده المنع وعلى قول يتخير بين الوفاء والكفارة وهذه كلها
اقوال اصحابنا فلهذا تركه المص لضعف الخلاف وقوله على المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام غير ملزم شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله
والزكاة حجة او عمرة وهو قول الشافعي واحمد واشهب المالكي رحمهم الله كذا في العيون كما قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة
او الى مكة لان هذه العبارات صارت كناية عن التزام الاحرام بحكم العرف وكذا الحكم في المتنازع فيها لعدم العرف بينهما
ولهما ان في اللفظ ما يدل على وجوب الحج او العمرة معدوم فلا يلزم به شيء كما لو قال علي الذهاب الى مكة او الخروج لان التزام
الحج بهذه الالفاظ غير متعارف لكنا استحسنا في كل لفظ معروف فيه الالتزام الاحرام بقولنا بلزومه نظرا الى العرف وعلى
بالقياس فيما لا تعارف فيه وقلنا لا يلزمه شيء وكذا لو قال لله علي ان امشي الى الصفا والمروة لعدم العرف وانما وجب المشي الى
الله بالنص وهو ما روي انه عليه السلام من نذر ان يمشي الى بيت الله الحرام فليركب ويذبح شاة ويحرم بحجة او عمرة او قال ان لم
احج العام فعبدي حر فادعى انه قد حج وبرهن العبد انه اقام بيته يوم النحر بالكوفة فلم يحج العام افتى محمد رحمه الله بعتقه
وقالا لا يعتق لانهما على الاثبات لفظا وهو نفي ومن ضرورته ثبوت العتق ضمنا وتبعا فتقبل ولهما ان التضحية مما لا
يدخل تحت الحكم اذ لا مطالب تحت الحكم ادا بها فلا شهادة تقبل عليها غير مقبولة فالمقصود من الشهادة نفي الحج لا اثبات التضحية
لا حق للمدعي في اثباتها لان العتق لم يتعلق بها فلا تقبل ولو برهن على انه لم يحج لا تقبل بالاجماع ولو شهدا انه شهدا ان
على حيا انتقال المسيح بن الله ولم يقل معه قالت النصارى فانما تقبل وتبين امرأته لان الطلاق مما يدخل تحت الحاكم او
قال لما املكه غدا لحصه ابو يوسف رحمه الله بما يحدث فيه فلا يعتق الا ما يحدث في ملكه غدا لان المطلق ينصرف الى الكامل رحمه الله
فانه قال يعتق ما يملكه للحال وما يملكه اذا بقي الى الغد او ما يحدث في ملكه غدا لان اللفظ صالح للابتداء الملك وبقائه وهو
حقيقة فيهما جميعا المملوك في الحال الصادق عليه انه مملوك في الغد فيتناولهما جميعا ولهما ان قوله املكه لا يحتمل الحال او الاستقبال
فيذكر الغد لبيين الحال كما في قوله كل مملوك اشتريته غدا لا يدخل المشترى في الحال بالاجماع والفرق لمحمد رحمه الله ان المشتري
في الحال لا يصدق عليه انه مشترى في الغد وبهذا ابو يوسف رحمه الله ان النذر بذبح الولد فلا يلزمه شيء عنده لانه نذر
لمعصية فيلغو وكذا الخلاف لو نذر نحر ولده ونحوه ثم في عامة الروايات شرط صحة النذر بذبح الولد ان يقول
في النذر عند مقام ابراهيم عليه السلام او بمكة كذا في الحقائق وانما وجب ذبح شاة في الحرم مطلقا او في ايام النحر في
غير الحرم لان ايفاء النذر واجب بقدر الامكان وهنا ممكن بالفداء عنه بشاة فيجب كما خرج الخليل عليه السلام عن
عهدة ذبح الولد بذبح شاة ونسخ الشرع اياه فداء دليل على بقائه فكان الامر فيكون الولد مستحقا بذبح شاة و
لهذا قال عليه السلام انا ابن الذبيحين مشيرا الى الخليل بن اسمعيل ولم يكونا ذبيحين بعينهما بل بواسطة ذبح الفداء عنهما ولو نذر
بذبح احد الابوين او نذر بقتل والده او لم يلزمه شيء بالاجماع والحق محمد رحمه الله العبد بالولد قياسا في النذر في الذبح فيصح

نذر من نذر بذبح عبده موجبا بذبح شاة وقالا لا يصح لان فداء الشاة للولد ثبت بالنص في قصة الخليل عليه السلام فلا يصح
كرامة للولد فلا يكون عليه كما لا يكون من نذر ذبح اخيه ولابي يوسف رحمه الله جرى على اصله فلا يحتاج الى الفرق والفرق لابي حنيفة
ان ايجاب ذبح الشاة انما كان كرامة للولد لاستحقاقه لا بقصة الخليل عليه السلام والعبد لا يستحق الكرامة كالولد فيتعذر الحاقه
به ولان الشارع لا ينازع ولده عنده فيصح نذر ذبح عبده كولده وبالذبح نقيد عند ابي حنيفة رحمه الله والحق محمد رحمه الله
بالولد واوجب ذبح الشاة في الحرم او في ايام النحر في غير الحرم لانه نظيره في معنى الحيوة ولابي حنيفة رحمه الله ان النص ورد
في الولد وليس في معناه **فصل** في اليمين في الدخول والسكنى والخروج والركوب وغير ذلك من حلف لا يدخل بيتا فدخل
الكعبة او المسجد او بيعة وهي معبد النصارى او كنيسة وهي معبد اليهودي او حلف لا يدخل دارا او هذا البيت
فدخلها بعد الخراب لم يحنث اما عدم الحنث في دخول الكعبة والمسجد الا عند لهم فيحنث فيهما عنده كذا في العيون او
البيعة او الكنيسة فلان البيت ما بني للبيتوتة وهذه البقاع لم تبن لذلك واما عدم الحنث في دخول دار بعد خرابها
فلان الدار اسم لعرصة ادير عليها الحيطان فالعرصة كالموصوف والبناء كالصفة لها والدار لما ذكرت نكرة يكون الصفة
فيها معتبرة لان الغايب يعرف بالوصف يقال دار عامرة ودار غامرة فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة البناء
فاذا خربت زالت تلك الصفة فلا يحنث واما عدم الحنث في دخول هذا البيت بعد خرابه فلان اسم البيت زال
بعد انهدامه بالكلية لانه لا يبات فيه حتى لو بقي حيطانه فضرب عليه السقف فدخله حنث وان بني عليه بيتا اخر فدخله
لم يحنث لانه صار غير الاول بصنعة جديدة بخلاف هذه الدار فانه لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما خربت
حنث وكذا لو بنيت دارا اخرى بعد الانهدام ودخلها وعند الثلثة لا يحنث كذا في العيون كما في هذا البيت لان
الاشارة ابلغ في التعريف فيلغو الوصف معها فتعين اليمين بذات العرصة وهي باقية بعد انتقاض الحيطان
والدليل ان العرصة بعد زوال البناء تسمى دارا كما قال النابغة يا دار مية بالعلياء فالسند اقوت وطال عليها سالف الابد
وقفت فيها طويلا كي اسائلها عيت جوابا وما بالربع من احد والمسجد بمنزلة الدار لان المسجد بعد زوال
البناء يسمى مسجدا ولو جعل بعد الانهدام مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث بالاجماع لزوال الاسم بعد اعتراض
اسم اخر ولا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها او دخل حظيرتها وهو كالدهليز بين الباب والدار ولو حلف لا يدخل هذه الدار فقام
على حائط من حيطانها يحنث في يمينه لان الحايط من جملة الدار فدخل في البيع وقال محمد بن الفضل رحمه الله هذا اذا كان كل
واما اذا كان الحايط مشتركا لا يحنث كما لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل البيت بينه وبين غيره او وقف في طاق الباب بحيث
اذا اغلق كان داخلا فيه حنث لان الباب يركب لاحراز الدار وما فيها ولو وضع لاغلاق الباب بقي خارجا ليس من الدار
ولذا بقي خارجا ليس من الدار لان الباب وضع لحفظ الدار وما فيها واما الحنث في الوقوف على سطحها فلان السطح من الدار الا ترى
ان صعود المعتكف سطح المسجد لا يبطل اعتكافه لانه من المسجد ولهذا لا يجوز التبول والتغوط على سطح المسجد ولا يجوز

لمن يعلو والجنب لو قوفوعلى سطح المسجد وذكر في الايضاح ولو كان فوق المسجد مسكنا لا يحنث لان ذلك ليس بمسجد قيل
هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فارتقى شجرة في الدار او قام على حايطها او صعد السطح او ارتقى شجرة
في الدار لا يحنث في يمينه وهو المختار لان هذا لا يعد دخولا في العجم كذا في شرح الهداية وقيل لا يحنث في العربية ايضا لان العرف
عليه لا يعتد دخولا في عرفنا وهو قول الشيخ الامام كذا في العيون واختيار ابي الليث ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة
او ظلة لا يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهما ليسا كذلك وفي الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة قالوا في عرفهم
لان عندهم للصفة حيطان اربع فيكون بيتا واما في عرفنا الصفة ذات حوايط ثلثة فلا يكون بيتا والظلة التي
احد طرفي جذوعها على البيت وطرفها الاخر على حائط الجدار المقابل له وفي المحيط ان دخل احدى رجليه الدار فكان جانبا
مستويين او كان الخارج اسفل لم يحنث وان كان الداخل اسفل يحنث لانه اعتماد جميع بدنه على رجل الداخل فيكون
داخلا ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فرفع من ذلك المكان وضرب في موضع اخر فدخل حنث لان الفسطاط لم يختلف
مكان كذا في شرح الجامع الصغير ولو حلف لا يدخل دار فلان ولم يسم دارا بعينها ولم ينو شيئا يشترط ابو يوسف رحمه الله
ان يضاف اليه اي الدار لفلان وقت اليمين والحنث وقال لا يحنث بدخول دار يملكها وقت الحنث وان لم يملكها وقت
اليمين لان الداعي الى اليمين وحنث الحقه من جهة فلان فيعتبر ملكه وقت الدخول وله ان فهم الناس يقع على الدار
الموجودة حال اليمين الباقية على ملكه الى وقت دخولها ونحو في دخول الدار في غيره من المملوك كالطعام والعبد
ينعقد اليمين على الموجود وقت اليمين وعلى الحادث بعد اليمين بالاجماع كذا في الحقايق ومن حلف لا يدخل دار فلان فارتقى
شجرة واغصانها في تلك الدار حتى لو سقط سقط في الدار قيل يحنث والمختار انه لا يحنث لانه لا يسمى دخولا كصعود السطح
واذا كان الشجر واغصانها خارج الدار فارتقى الشجرة حتى لو سقط سقط خارج الدار لا يحنث لان الشجرة بمنزلة البناء
للدار كذا في النوازل ومحمد سوى بين المستاجرة والمملوكة فاذا حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخوله فيها مملوكة كانت
مملوكة او مستاجرة او مستعارة وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث بدخوله في غير المملوكة لان مقتضى الاضافة الاختصاص
وهو الملك حقيقة فلا يجوز غيره مرادا ولهذا لا يحنث الكها ولم يسكنها فيها ولنا ان اضافة الدار اليه يراد بها نسبة السكنى
عرفا مجازا لان الغيظ الحالف يحصل من الدار لمن ساكنها فكانه قال لا يدخل مسكن فلان حتى لو دخل دارا يملكها
فلان ولم يكن ساكنا فيها لا يحنث فيشمل السكنى المملوكة والمستعارة ويؤيد ذلك ما روى عليه السلام انه حاط حايطا فقال له رافع
فقال رافع بن خديج لي يا رسول الله استاجرته فلم ينكر عليه السلام ولو حلف لا يدخل هذه الدار والحال ان الحالف فيها لم يحنث
بالقعود فيها او اكثر ولو وجد بعد ذلك مكث وقرار وليس بدخول حتى يخرج منها ثم يرجع فيها وكان القياس يحنث تنزيلا للبقاء
منزلة الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل ولا وجد بعد ذلك مكث وقرار فليس بدخول وهذا العقد
مما لا يمتد فلا يقال دخل يوما ولو لم يكن ممتد الكون بعا في كابتدائه ولو حلف لا يدخل البغداد فاجتاز بدجلة اي ركب في
السفينة لم يحنث ام لم يحل لابو يوسف رحمه الله خلافا ما لم يخرج الى الشط وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال لا يحنث

من بغداد ولهذا ان المسافر البغدادي اذا جاء من الموصل بقصد البصرة بدجلة في السفينة يصير مقيما بالمرور
فيتم الصلوة عنده كله وليس له ان يترخص ترخص المسافر وقال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله لان دجلة
وان كان من بغداد الا انها لا تعد منها عرفا فان ابرى اهل بغداد ولا تنتج عليها كما تنتج على اراضيها او حلف لا يلبس هذا
الثوب والحال ان الحالف هو لابسه فنزعه او حلف لا يركب هذه الدابة والحال ان الحالف هو راكب فيها فاخذ في النقلة
اي شرع اي ينتقل منها في الحال لم يحنث وقال زفر رحمه الله يحنث لان الجزء الاول وجد قبل النزوع والنزول والركوب واللبس والكون
وان قل فيحنث ولنا ان هذه الافعال مما يمتد ويضرب لها آجال ويقال لبست يوما وركبت وسكنت شهرا فاعطي لبقائها
حكم ابتدائها او حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو واهله ومتاعه فيها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه
فيها عرفا وان خرج الحالف بنفسه قال الشافعي رحمه الله لا يحنث لو خرج بنية الانتقال وعن مالك رحمه الله لو اقام يوما وليلة
حنث وفي الاقل لا يحنث وعنه يعتبر نقل عياله كذا في العيون والمحلة والسكة كالدار في هذا الحكم ولو حلف لا يسكن
في هذا المصر فخرج وترك اهله فيه لم يحنث بالاجماع لانه لا يعد ساكنا فيه عرفا والقرية كالمصر في الصحيح قال ابو حنيفة
لا بد من نقل جميع الامتعة حتى لو بقي بعضه يحنث وهذا اصل لان حكم الفاتي مسلم واحد في بلد ارتد اهله يصير ما نعا عنه
من ان يصير دار حرب بهذا القدر كان الحالف متاهلا فان كان ممن يعول غيره بان كان ابن كبير يسكن مع ابيه
او كانت امراة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه وخلف متاعه وسائر كل لا يحنث لان السكنى يضاف الى غيره فاعتبر
غير سكونه فقط كذا ذكر في المحيط الا ان المشايخ قالوا هذا اذا كان الباقي مما يقصد السكنى وابقاء ما يسكن به
اوعبثا او قطعة حصير لا يبقى ساكنا فلا يحنث وان انتقل الى منزل اخر بلا تاخير وان انتقل الى السكة او الى المسجد
يحنث لانه لم يتخذ منزلا اخر قالوا ولو منزلي لو ان كان في طلب مسكن اخر فترك امتعته فيها لا يحنث في
الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة طلبه مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط في الطلب وقال ابو يوسف رحمه الله
نقل الاكثر قائم مقام الكل وقال محمد رحمه الله المعتبر في ذلك نقل ما هو يقوم به حضور وارادة الان ورا ذلك ليس من السكنى
واستحسن المشايخ رحمهم الله هذا القول وعليه الفتوى وكذا لو حلف في الليل ان لا يسكن وخاف من اللصوص فكث
حتى اصبح ثم اخذ في النقلة بعد طلوع الشمس من غير تاخير لم يحنث وكذا لو سد عليه باب السكة ثم ما فبقي فيه يوما وليلة
لا يحنث وكذا لو كان الحالف شريفا او ضعيفا لا يمكنه نقل المتاع ولم يجد من نقلها فبقي فيه يوما وليلة او اياما لا يحنث
اذا لم يترك طلب الاجر لان ما ليس في وسعه يكون مستثنى على اليمين كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان وقيل يجعل عدم الحنث
في حالة العذر كما ذكر الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل وهو ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته طالق
فقيد او منع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامراته وهي في منزله ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد
عن الحضور يحنث قيل العرف لان السكنى فعل وجودي فلا بد من تحقق الاختيار وما ذكره محمد بن الفضل رحمه الله

وهو عدم الخروج وعدم الحضور والامر العدمي لا يتوقف تحقيقه على الاختيار كذا في الفوائد الظهيرية او حلف لا يخرج
من المسجد فامر ان يخرجه حنث لان فعل المامور ينتقل الى الامر لو كان مكرها او برضاه بحمله لم يحنث اي اذا حمل
انسان فاخرجه من غير اختياره او حمل واخرجه وهو راض به لكن لم يامره لم يحنث في الصحيح وقال بعض المشايخ يحنث
لانه تمكن من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر به لانه لم يامر وعقد يمينه على فعله فلم يوجد حقيقة وحكما لان فعل
الغير لا ينتقل الا بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فاخرج احدى رجليه لا يحنث وكذا لو حلف
لا يدخل وقيل اذا كانت الدار منبسطة فادخل احدى رجليه يحنث وكذا لو ادخل راسه دون الرجل ولو تناول
شيئا بعد من الدار لم يحنث حكي عن محمد بن الفضل اذا ادخل احد رجليه يحنث وكذا لو عقد اليمين على الخروج فاخرج
راسه واحدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فمر على الباب فزلق رجله فوقع في الدار اختلف المشايخ والصحيح
لا يحنث لانه لم يقع في الدار باختياره فصار كما لو اكره وادخل مكرها فلم يوجد منه فعل حتى لو هدد فخرج بنفسه يحنث
لوجود الفعل منه حقيقة كما لو ركب دابة فتخرج به كما لو حلف لا ياكل هذا الطعام فاكل مكرها حنث وان اوجر في حلقه
لم يحنث واذا اخرج مكرها هل ينحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بنفسه لا يحنث اختلف المشايخ رحمهم الله والصحيح انه لا ينحل
فيحنث بالخروج بعده كذا او حلف لا تخرج امراته الا باذنه اي قال لامراته ان خرجت الا باذني فانت طالق
اشترط الاذن لكل خروج وهو قول بعضهم انه يكون باباحة لو خرجت مرة بلا اذنه حنث لان الاصل في
الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والاذن ليس من جنس الخروج والباء يقتضي ملصقا به فكان التقدير
ان خرجت خروجا ملصقا باذني فيكون ما وراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت اليمين وعند … في
… لفي واحد كذا في العيون او قال لا تخرج الا ان اذن اي لا تخرج حتى اذن كما اشترط
الاذن مرة فاذا اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بعده بلا اذنه لم يحنث وعند … رحمه الله كذا في العيون وقياسا على
المسالة السابقة لان استثناء الاذن من الخروج بط فلم يكن الباء يقتضي ايجاد الالصاق بالخروج فتعلق
المجاز وهو ان يكون … للغاية فيصير كقوله حتى اذن لمناسبة بينهما وهي ان كل واحد منهما بعد الغاية والاستثناء يكون
مخالفا لما قبله ولا يحمل هذا على قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فان الاذن لا بد في كل مرة من النص
لان اشتراط الاذن ما يثبت بهذا النص بل باصول اخر وهو ان الدخول في ملك الغير بغير اذنه حرام فان قال
الحالف في المسالة الاولى اردت بقولي الا ان اذن كل مرة تصدق ديانة لا قضاء لان فيه تخفيفا وان قال في
هذه المسالة اردت بقولي الا ان اذن كل مرة صدق قضاء لان فيه تشديدا ولو اذن الرجل لخروج امراته في
المسالة السابقة ولم تسمع فخرجت لم يحنث اي لم يجعل ابو يوسف رحمه الله الحالف حانثا كاذن العبد في التجارة
حيث لم يشترط العلم فيه وقالا لا يكون حانثا لان الاذن مشتق من الاذان وهو الاعلام وذا لا يتحقق الا
بالسماع ولا ان الاذن عبارة عن الاطلاق وقد وجد فلا يشترط علم غيره كالرضا او حلف لا تخرج الا باذنه

ثم اذن لها اي امرها فيه وقال اذنت لك اي تخرج متى شئت ثم نهاها عن الخروج فخرجت لم يحنث ابو يوسف رحمه الله الحالف
وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله وقال يحنث لان الاذن بطل في النهي فكان خروجا بغير اذنه كما لو خص الاذن
اي كما لو اذن لها بالخروج مرة ثم نهاها فخرجت يحنث بالاجماع ولابي يوسف انه لما اذن لها بالخروج متى شاءت اتصل الاذن
بجميع الخروجات الممكنة ففات شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن فبطل اليمين لفوات شرطها فالنهي لا يعود كما في
ما ذكر من المثال لان بقاء اليمين باعتبار بقاء الشرط في الجملة فتطلق ولو ارادت الزوجة الخروج فقال الزوج ان خرجت
فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث لان مراد الحالف المنع عن تلك الخرجة عرفا وكذا الحكم لو اراد الرجل ضرب عبده فقال
له رجل ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يحنث وكذا لو قال له رجل تغد معي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله
ثم عاد وتغدى عنده لم يحنث وعند زفر رحمه الله يحنث كذا في العيون ويسمى هذا يمين الفور تفرد ابو حنيفة رحمه الله
به وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة وموقتة فخرج قسما ثالثا وهو المؤقتة معنى والمطلقة لفظا
والمطلق يتقيد بدلالة حال التكلم ولو حلف ليأتينه ان استطاع البصرة فلم يأته حنث في اخر جزء من حياته
لان تركه انما يتحقق به لان اداء البر قبله موهوم او حلف ليأتينه ان استطاع حمل على استطاعة الصحة وهي ان يرتفع
الموانع من المرض ومنع من الحكم وغيره لانه المتعارف في عليه قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا
لا القدرة اي لا يحمل على القدرة وهي الاستطاعة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حال الفعل مقارنة له فان نوى بها
القدرة صدق ديانة وفي رواية يصدق قضاء ايضا لانه حقيقة كلامه وفي المنتقى حلف لياتين فلانا او لاتي منزله
حانوته حنث لان الاتيان هو الوصول الى مكانه لقيه او لم يلقه ولو اتى مسجده لم يحنث او حلف لا يركب دابة زيد فركب
دابة عبده المأذون له وغير حانث عند ابي حنيفة رحمه الله في المستغرق بالدين اي الذي استغرق دينه برقبته مطلقا
نواه او لم ينوه وحانث في غيره اي غير المستغرق بالدين ان نواه عنده وحكم ابو يوسف رحمه الله بالحنث بالنية ان لا …
عبد سواء كان عليه دين او لم يكن مستغرقا او لم يكن مطلقا اي في قول محمد رحمه الله فانه قال يحنث مطلقا نواه او لم ينوه …
او لا وهو قول الثلاثة كذا في العيون لان المأذون ملك المولى وكذا ما في يده فلا يحتاج الى النية ودين العبد لا يمنع ملك المولى
كسب عبده اولان دابة المأذون مضاف اليه عرفا وان كان ملكا للمولى فلا بد من النية ولابي حنيفة رحمه الله ان النية شرط كما قال
ابو يوسف رحمه الله ان النية شرط لكن دين العبد اذا كان مستغرقا يمنع ملك المولى فيشترط فراغه من الدين وكذا الخلاف في
والتفصيل في دخول عبيد مأذونه في قوله اعتقت عبيدي فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يعتقون في المستغرق مطلقا ويعتقون
اذا نواهم في غير المستغرق وقال ابو يوسف رحمه الله اذا نواهم يعتقون وان كان مستغرقا وقال محمد رحمه الله يعتقون في الوجهين
كلها او حلف لا ينام على هذا الفراش فنام عليه وعليه قرام وهي شقة من الكرباس حنث ولو جعل فوقه فراشا اخر
فنام عليه لم يحنث … ابو يوسف رحمه الله لانه نام عليهما جميعا حقيقة وعرفا … على فراشين وخالفه محمد ابا يوسف رحمهما الله …

لانه نام على الاعلى دون الاسفل ولا يمكنه للمحلوف عليه لانه مشى او حلف لا يجلس على الارض فجلس على حصير ولم يحنث
لانه لا يعد جالسا على الارض عرفا بخلاف الجلوس بثيابه لانه تبع له فلا يعتبر حايلا او حلف لا يجلس على هذا السرير فجلس عليه
وفوقه حصير حنث لانه لا يعد جالسا عرفا الا اذا جعل على السرير سرير اخر وجلس فوقه فلا يحنث لان الشيء لا يستتبع مثله فصل
في اليمين في الاكل والشرب الاكل ايصال الشيء الى الجوف بعد المضغ الى الجوف ممضوغا كان او غيره فلا يكون اللبن والسويق
ماكولا وان لم يصل الشيء الى الجوف بغتة مما لا يتاتى فيه المضغ والهشم في حال ايصاله والذوق معرفة الشيء من غير ادخال
الشيء حلقه وقيل الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق فعلى هذا يكون اللبن ماكولا والابتلاع عبارة عن عمل الحلق
دون الشفاه والمص عبارة عن عمل الاسنان خاصة ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة كان الحلف فيها على ثمرها لان عينها غير
ماكول فانصرف الحلف الى ما يتولد منه لكونه سببا لليمين فكان مجازا عنه فانما يحنث اذا اكل ثمرتها وهي عين حتى لو اكل نبيذه ودبسه لا يحنث
لانه مضاف الى فعل حادث لا الى النخلة قال الله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم والعطف يقتضي المغايرة ويحنث بما يسيل
من الرطب لانه لا يحصل بفعل حادث او لو حلف لا ياكل من هذه الشاة يحنث بلحمها دون لبنها وان كان في ضرعها حين الحلف
كذا في النوازل لانها ماكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمرة ينصرف الى ثمنها كذا نقل الامام حميد الدين الضريري
او حلف لا ياكل من هذا البسر فرطب اي صار رطبا فاكله لم يحنث لان صفة البسورة زالت وهي تصلح ان تكون داعية
الى اليمين فيتقيد بها او لو حلف لا ياكل من لحم هذا الحمل فصار كبشا حنث لان صفة الصغر لا يكون داعيا الى اليمين فيتقيد
بها ولو حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلم بعد ما صار شيخا يحنث لان الشرع امرنا بتحمل اخلاق الفتيان ورحمة
الصبيان فلم يصح اعتبار ذلك الداعي شرعا وعند الثلثة لا يحنث لزوال الصفة الا في قول من الشافعي رحمه الله او حلف لا ياكل
بسرا فاكل رطبا لم يحنث لان الماكول غير المحلوف عليه او بالعكس اي حلف لا ياكل رطبا فاكل ذنبه قليل رطب لم يحنث ابو يوسف رحمه الله
لان البسر المذنب لا يسمى رطبا وكذا لا يسمى الرطب المذنب بسرا لان المغلوب في حكم المستهلك بالغالب ولهذا لو حلف لا يشتري
رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث كذا في العيون وعند ابي يوسف والثلثة يعتبر الاكثر فالحاصل انه اذا كانت الغلبة في المحلوف
عليه يحنث عند الكل وقالا يحنث لانه اكل المحلوف عليه وزيادة فيحنث فصار كما ميزنا حلف عليه بخلاف الشراء لانه صادق في الجميع
فيتبع الكثير القليل ولهذا لو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها حبات شعير يحنث ولو اكل رطبا مذنبا وهو الذي في
ذنبه شيء من الرطب في المسئلة الاولى واكل رطبا مذنبا وهو الذي في ذنبه شيء من البسر في المسئلة الثانية يحنث بالاجماع كذا في الكافي
ولو حلف لا يشرب اللبن فاكل لبنا مصبوغا في الماء اي لا يحنث بالاجماع لان الاستهلاك هنا يحول تمييز مكانه عن مكان المحلوف عليه
وقت التناول ولو حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا لم يحنث ابو يوسف رحمه الله في رواية وهو قول مالك واحمد كذا في العيون وهو اختيار الفقيه ابي الليث
ياكلوا منه لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع وقالا لا يحنث استحسانا لان اللحم ينشأ من الدم ولحم السمك ليس كذلك لان الدموي
لا يسكن في الماء ولهذا يحل بلا ذكوة ومطلق اللحم يتناول الكامل دون القاصر او اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة

وان كان حراما وقال العتابي لا يحنث وهو قول بعض المالكية كذا في العيون لانه لا يستعمل استعمال اللحوم وعليه الفتوى
او حلف لا ياكل شحما فهو على شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يحنث الا باكله وقالا يحنث باكل شحم الظهر وهو قول
الشافعي رحمه الله في وجه واحمد في رواية كذا في العيون لانه يذاب كشحم البطن ولكونه شحما استثنى من اللحوم في قوله تعالى ومن
البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم والاصل في الاستثناء ان يكون المستثنى من
جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم يختلط بالعظم وشحم على الامعاء وشحم البطن وله ان هذا لحم حقيقة
بنشأ من الدم ولقوة اللحم ويستعمل في العلاوة باستعمال اللحوم الا ترى لو حلف لا ياكل لحما فاكل شحم الظهر اي اللحم السمين الذي
في الظهر يحنث وكذا لو حلف لا يشتري لحما فاشترى شحم الظهر يحنث والاستثناء في الاية منقطع لا يحنث بالاختلاط بعظم
معطوف على المستثنى وهو لحم بالاجماع واختلف المشايخ رحمهم الله في تفسير محل الخلاف قال بعضهم الخلاف في اللحم السمين وقال بعضهم
الخلاف في الشحم المتصل بالظهر من الداخل فان كان الخلاف في اللحم السمين فكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر وان كان الخلاف في
الشحم المتصل فكلامهما فيه اظهر وذكر شمس الايمة السرخسي اذا حلف لا يشتري لا يحنث في شحم الظهر في قولهم هذا اذا كان حلف
بالالفاظ العربية واما اذا قال بالفارسية پيه لا يحنث باكل اللحم السمين الذي على الظهر بالاجماع ويحنث باكل الشحم المتصل
بالظهر بالاجماع ولو حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم العنز او التيس كان الحالف مصريا لا يحنث وان كان قرويا يحنث
لان اهل القرى لا يميزون بين العنز والشاة كذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ولو حلف لا ياكل لحما ولا شحما فاكل الية
لا يحنث بالاجماع لانه نوع ثالث او حلف لا ياكل من هذه الحنطة فالحنث بقضمها اي باكل عينها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث
باكل خبزها ايضا لان اكل الحنطة عرفا يتم عن اكل ما يتخذ منها فينصرف اليه الا اذا اكلها قضما يحنث ايضا وقال شمس الايمة
هو الصحيح بنفيهم من ايمان الجامع الصغير حيث قال فان اكل من خبزها حنث ايضا هو الصحيح وفي الاصل ما يدل على انه لا
يحنث فانه قال ينصرف الى ما يصنع من الحنطة لانه مستعمل فيهما حقيقة فصار كما اذا حلف لا يدخل دار فلان ساكنها فيها او راكبا
يحنث وله ان الكلام اذا كان حقيقة مستعملة فهو اولى من المجاز المتعارف فصار كما اذا حلف لا ياكل من هذه الشاة فاكل
لبنها لا يحنث هذا اذا لم ينو شيئا ولو نوى شيئا ان لا ياكل خبزا فلا يحنث باكل خبزها بالاجماع كذا في الحقايق وانما وضع
المسئلة في الحنطة المعينة لانه لو عقد يمينه على حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قولهما كما هكذا ذكر شيخ
الاسلام في ايمان الاصل والذخيرة وحنثه اي جعل محمد رحمه الله اصحابنا باكل سويقها وقالا لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله
لعدم على اصله من ان اليمين ينصرف الى عين الحنطة ومحمد رحمه الله على اصله انه يحول الى ما يتخذ منها لكن ابا يوسف رحمه الله قال
المتعارف هو الخبز لا السويق وقال القدوري قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله او حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل خبزه حنث
لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو اكله اي الدقيق لا يحنث لتعين المجاز مرادا وهو الصحيح وعند ابي نصر يحنث ايضا
ايضا كذا في العيون وان عنى عين الدقيق يحنث ولم يحنث ان اكل خبزه لانه نوى حقيقة كلامه او حلف لا ياكل خبزا اعتبر المعتاد

يحنث م

في المصر وهو خبز الحنطة والشعير لان مبنى اليمين العرف وهو الغالب في البلدان وعند ان نوى ما يكل بعمه يحنث
باي خبز كان كذا في العيون فلا يحنث بخبز الارز والقطايف بالعراق لان اهله غير معتادين باكله حتى لو كان بطبرستان او في
بعتاد اهله لخبز الارز يحنث باكله او حلف لا ياكل شويا كان اليمين على اللحم المشوي وحده الا اذا نواه وعند ان نوى ما
يحل كل مشوي كذا في العيون من الباذنجان والجزر وغيرهما او حلف لا ياكل طبيخا فهو ما يطبخ منه اي من اللحم بالماء حتى ان
هو المتعارف والقديد اليابس لا يسمى مطبوخا الا ان نوى غيره وان اكل مرق اللحم يحنث ايضا لما فيها من اجزاء اللحم
او حلف لا ياكل راسا اعتبر المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في المصر وعليه الفتوى وهو رؤس الغنم والبقر وزاد
ان فعي رحمه الله رؤس الابل وعندنا كل ما يسمى راسا لغة كذا في العيون وان نوى الكل فهو على ما نوى او حلف
لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا فهو غير حانث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث لان الفاكهة ما يتفكه اي يتنعم
قبل الطعام وبعده وهذه الاشياء يتفكه بها في العادة وله ان هذه الاشياء كما يؤكل تفكها يؤكل تغذيا كالعنب والرطب
والرمان فيكون فاكهة من وجه فلا يدخل تحت الاطلاق الدالة كان المكاتب لا يدخل في قوله كل مملوك لي حر لانه مملوك من
وجه ولان الرمان كما يؤكل تفكها قبل الطعام يؤكل بعده تداويا فكان دواء من وجه وفاكهة من وجه فلم يدخل تحت الاطلاق
ولو حلف لا ياكل من ثمر الاشجار كالتفاح والاجاص والخوخ ونحوه يحنث بالاجماع وفي المحيط اليابس من ثمار الشجر فاكهة
الا البطيخ وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله البطيخ من الفاكهة لانه لا يكون يابسا في عامة البلدان وحلف لا يكون
فاكهة ولو حلف لا ياكل فاكهة يابسة يحنث باكل الجوز واللوز ونحوها قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا لا يحنث باكل الجوز كذا في الخانية
او حلف لا ياكل اداما فهو ما يصطبغ به اي يخلط على شي يختلط بالخبز بان يكون تبعا عند ابي حنيفة رحمه الله كالخل والمرق و
العسل ونحوه وحنثه محمد رحمه الله الخالق باكل اللحم لقوله عليه السلام ادام اهل الجنة اللحم والجبن والبيض لان الادام ماخوذ من
المؤادمة وهي الموافقة وهذه الاشياء تؤكل مع الخبز موافقة له وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله وله ان الادام ما يؤكل على
تبعا للخبز وحقيقة التبعية والموافقة في الاختلاط لانه اذا لم يختلط وصار مخلوطا لا يعرف ان اللحم ادام للخبز
ويوافقهما ابو يوسف رحمه الله صاحبيه في روايتين ذكرهما صاحب الهداية عند احدهما مع محمد والاخرى مع ابي حنيفة
او حلف ان اكلت اليوم الا رغيفا فعبده حر فاكل اي الرغيف بادخه اي بلحم او بجبن او بيض لم يحنثه ابو يوسف
لانه استثنى الرغيف فقد لخرج عن شرط الحنث فيخرج ما هو تبع له وهذه الاشياء تبع له فلم يعتبر
اصلا فيها لان هذه الاشياء ليست بادام عنده فكان ينبغي ان يحنث الا انه قال يؤكل تبعا ويؤكل مقصودا فلا
بالشك وخالفه محمد رحمه الله ابا يوسف رحمه الله وقال يحنث وتركه اصلا ايضا لان هذه الاشياء عنده ادام فكان ينبغي ان لا
يحنث الا انه قال قد يؤكل مقصودا فلا يصير تبعا بالشك فيحنث او حلف لا يتغذى يحنث بالاكل من الفجر الى الظهر
لان الغداء في اللغة اسم لطعام الغداة وهي الى الظهر ولهذا سمي صلوة الظهر احدى صلوتي العشاء او حلف لا يتعشى
فهو من الظهر الى نصف الليل يحنث اذا اكل فيما بينهما لان العشاء في اللغة طعام يؤكل بينهما فيطلق على الوقت

او حلف لا يتسحر فهذا اي من نصف الليل الى الفجر فيحنث فاكل فيما بينهما لانه ماخوذ من السحر وهو اخر الليل قبل طلوع الفجر
وما بعد نصف الليل الى الفجر لان السحور ماخوذ من السحر وهو اخر الليل قبل صلوة الفجر وما بعد نصف قريب منه فيتناوله
ثم مقدار الغداء والعشاء ان ياكل اكثر من نصف الشبع حتى لو اكل لقمة او لقمتين لا يحنث لانه لا يسمى غداء عادة وشرط
ان يكون الماكول من جنس ما يكل اهل البلد عادة حتى لو شرب اللبن في الغداء لو كان مصريا لا يحنث وان كان بدويا
او حلف بان قال ان اكلت او شربت او لبست فعبده حر ولم يذكر مفعولا وخصص بان قال عنيت في قولي طعاما دون طعام
وكذا في اخواته لم يسمع مطلقا اي لا ديانة ولا قضاء وعند الشافعي رحمه الله يصدق ديانة كذا في العيون وهو رواية عن ابي
يوسف رحمه الله اختيار الخصاف وهو كتاب الحيل عليها الصحة ما ذكر في ظاهر الرواية لان مفعول كل فعل منها غير ملفوظ
والنية انما يعمل في الملفوظ لتعيين المحتمل فالطعام وغيره غير مذكور وانما يثبت بطريق الاقتضاء والعموم
المقتضى الذي لا يدل اللفظ عليه لا يكون ملفوظا وهذا المعنى مختار المحققين فلا يجوز تخصيصه لا يشكل بهذا لو
قال ان ساكنت فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق ديانة لان المساكنة متنوعة يكون في دار وفي بيت واتمها
ان يكون في بيت فالنوع الكامل في الفعل صحيح او حلف وقال ان اكلت طعاما او شربت شرابا او لبست ثوبا فعبده حر تخصيص
وقال عنيت طعاما دون طعام كذا في اخواته قبل ديانة لان المفعول ملفوظ منكر ذكر في محل الشرط فيكون عاما
تخصيصه الا انه لما كان خلاف الظاهر لم يصدق قضاء او حلف وقال لا يشرب من دجلة فهو على الكرع وهو ان يشرب
الماء بفيه من موضعه من غير ان يشرب بكفيه او باناء فيحنث اذا شرب منها من ذلك النهر عند ابي حنيفة رحمه الله وحنثاه
بالشرب من مائها بالغتراف او باناء لانه هو المتعارف وهو المذهب كذا في العيون وله ان حقيقة الشرب من دجلة انما يكون
بفمه متصلا بها فيكون اولى من المجاز المتعارف ولا يترك الحقيقة الا اذا تعذر العمل بالحقيقة وان نوى به الاغتراف
صحت نيته عنده ديانة لا للاصل لانه مجاز ولو نوى به الكرع صحت نيته عندهما قضاء وديانة لان حقيقة كلامه
في الحقايق ولو شرب من نهر اخذ من دجلة لا يحنث بالاجماع لحدوث النسبة الى غيره ولو قال في يمينه لا يشرب
من ماء دجلة فشرب من نهر اخذ منها يحنث لانه ماء من دجلة ولو قال لا يشرب من هذا البئر ينصرف يمينه الى الاغتراف
بالاجماع لتعذر الكرع فيها ولو تكلف وشرع بالكرع لا يحنث لان الحقيقة والمجاز لا يجتمعان او حلف لا يشرب من ماء
دجلة حنث بالغرف بالاجماع كما بالكرع لان نسبة الماء اليها لا ينقطع به ولا يجعل ابو يوسف رحمه الله تصور البر شرطا
لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت كما اذا قال والله لا شربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ينعقد اليمين ويحنث في
الحال عنده وقالا لا يحنث وان كان في الكوز ماء فاريق بعد اليمين يحنث بالاجماع وكذا لم يجعل ابو يوسف رحمه الله بقاء
تصور البر شرطا وبقاء اليمين المقيدة بوقت لما خرج من اجزاء ذلك الوقت فيحكم ابو يوسف رحمه الله بحنثه
في يمينه والله لا يشربن ماء هذا الكوز اليوم فصب قبل مضيه اي مضي اليوم فعنده يبقى يمينه ويحنث في اخر اليوم

وعندهما لا يبقى بينهما الا رافة ولا يحنث ابدا وعند ابى يوسف رحمه الله يحنث اذا حلف بلا اختيار لا يحنث كذا فى العيون وقال
والله لياكلن اليوم هذا الرغيف فاكل غير الحالف قبله اى قبل مضى الوقت او قال والله ليقضين حقه اى حق فلان
اليوم فسقط حقه قبل مضى اليوم بالابراء او قال والله ليقتلن فلانا اليوم ومات فلان فى اليوم وكان جاهلا
بموته حين حلف او قال والله ان رايت عمرا فلم اعلمك فعبده حر ثم رآه معه اى عمرو مع المخاطب فلم يقل شيئا
ففى هذه المسائل يحنث عنده ولا يحنث عندهما بناء على اصل كل واحد منهما وفى الكفاية الخلاف فى الحنث بعد مضى الوقت
ولا يحنث قبله بالاجماع فى ظاهر الرواية لان هذه اليمين موقتة فلا يحنث قبل مضى الوقت ولو كانت اليمين مطلقة
يحنث فى الحال وحاصل الاصلين ان محل اليمين عنده خبر فى المستقبل كالحالف قادرا على البر اولا لان اليمين على
السماء منعقدة ففى المطلقة يحنث بعد الفراغ عن اليمين لعجزه عن البر وفى الموقتة يحنث فى اخر جزء لان الوقت بعض
بجميع اجزائه لافعال المحلوف عليها وكل جزء منها يحتمل ان يكون محلا للبر والجزء الاخير تعين لوجوب البر فلما فات تعين
الحنث فيه وعندهما محلها خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشىء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وذا انما يتحقق فى رجاء
رجاء الصدق فلا ينعقد فى المطلقة اذا لم يكن فى الكوز ماء لم ينعقد لانعدام رجاء الصدق والفرق بين مسئلة الكوز
وبين مسئلة القتل ان العلم بعدم الماء فى الكوز لا يعتبر فلا ينعقد اليمين عندهما وينعقد عنده ويعتبر العلم بعدم
الحيوة وقت اليمين فينعقد اليمين بالاجماع ان قوله لا اشرب الماء الذى فى هذا الكوز يقتضى وجود الماء لان الاشارة
الى المعدوم لا يصح واذا كان هذا اخبارا عن الموجود يعتبر بما نص عليه كانه قال لا اشرب الماء الموجود فيه فان خلق الماء
فيه لا يستقيم لانه يكون ماء غير المحلوف عليه واما مسئلة القتل فلان خلق الله الحيوة فيه يستقيم لان الحيوة لو عادت كان
فلانا بعينه فيتصور القتل فيه فيكون المحلوف عليه بعينه فاذا عجز عن القتل يحنث فبهذا الفرق يسقط اعتراض البعض
وهذا اذا حلف والله لاشربن الماء الذى كان فى الكوز ولا ماء فيه علم او لم يعلم اذ لا عادة فى الماء اذا علم فيه الماء وعلم انه اهريق وقد
حلف على قدر ما ادت على جمعه فى الكوز او حلف الله تعالى فى الكوز فلا فرق بين مسئلة الماء والقتل فينبغى ان يحنث فى الحال
فيهما عنده وعندهما وكذا يحنث فى الحال بانعقاد دعا المستحيل عادة كما اذا حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا
الحجر ذهبا او لا يحنث فى الحال عقيب اليمين هذا اذا حلف مطلقا اما اذا حلف موقتة لا يحنث ما لم يمض ذلك الوقت وقال زفر
لا ينعقد وهو قول من ان انفى رحمه الله كذا فى العيون لان المستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ولنا ان البر متصور حقيقة
لان بعض الانبياء صعد السماء فينعقد اليمين ثم يحنث بالعجز عن تحقق البر ظاهرا كما اذا مات الحالف قبل ان يفعل
المحلوف عليه فيحنث لعجزه ظاهرا مع احتمال الاعادة للحيوة وفعله

فصل فى اليمين فى الكلام واللبس والتحلى وغيرها حلف

لا يكلم زيدا فكلمه وهو نائم اى زيد المحلوف عليه نائم يحنث ان سمع ولو لم يكن نائما الا ان سماع الغير مع باطن اللفظ
عليه فاذا لم يكلمه على السبب يحنث لان الكلام حصل ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه وايقاظه بناء اى افعال النائم

شرط عند ابى حنيفة رحمه الله فى رواية وهى رواية المبسوط وعليه عامة اكثر المشايخ لانه لم يفهمه بكلامه فصار
كما لو نادى من بعيد وفى النهاية من حلف ان لا يكلم زيدا انما يحنث اذا كلمه بكلام منقطع عن اليمين فان كان
موصولا بها بان يقول ان كلمتك فعبدى حر فاذهب لا يحنث لانه من تمام الكلام الاول الا ان يريد به كلاما مستانفا
او حلف لا يكلم زيدا الا باذنه فاذن ولم يعلم الحالف باذنه فكلمه يحنث ابو يوسف رحمه الله وهو قول عن الشافعى رحمه الله
كذا فى العيون وقال لا يحنث على اصله فى مثل هذه المسئلة فى الفصل السابق وسواء لو اذن فلم يسمع فخرجت
الحنث والدليل من الطرفين مذكور فيه ولو كاتبه او ارسل اليه رسولا او اشار اليه لا يحنث لعدم الكلام وعن مالك رحمه الله فى
الكتابة يحنث لا فى الرسالة وفى الاشارة عنه روايتان كذا فى العيون او حلف لا يكلم زيدا شهرا ابتداء الحال من حين حلف
لانه لو لم يقيده به لثبت بيمينه فصار الشهر مخرجا اياه فبقى متصلا بالايجاب او حلف لا يتكلم فصلى فى الصلوة
لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث لكون ذلك كلاما حقيقة وجه الاستحسان ان القران فى الصلوة لا يعد كلاما
عرفا ولا شرعا لان الكلام فى الصلوة حرام وهى مباحة فيها واما اذا قرا خارج الصلوة او سبح او هلل او كبر يحنث لانه
كلام حقيقة وقيل لا يحنث مطلقا لانه فى عرفنا لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ومهللا او حلف لا يقرا كتاب فلان
ففهمه اى فهم ما فيه بالنظر اليه او حلف لا يكلم اى فلانا حتى يكلمه اى يكلم الفلان الحالف فاستويا اى تكلما معا متخاطبين
لم يحنث ابو يوسف رحمه الله الحالف فيهما اى فى المسئلتين اما فى المسئلة الاولى فلان القراءة فعل اللسان والفهم ليس كذلك
ولهذا فرض القراءة فى الصلوة لا يتادى بالنظر الى المصحف وفهم ما فيه واما فى المسئلة الثانية فلان معنى كلامه لا ابتدئ
فلانا بالكلام ولم يسبقه فيه فلا يحنث وخالفه محمد رحمه الله ابا يوسف رحمه الله وقال يحنث فيهما لان المتعارف من قراءة الكتاب
فهم ما فيه وان لم يحنث اللفظ والايمان مبنية على العرف ولان معنى كلامه اى لا يكلم فلانا الا ان يكلمه قبل ان يكلمه فوجد كلامه
قبل الغاية فيحنث او حلف لا يكلم عبد فلان او امراته او صديقه او حلف لا يدخل داره فكلم بعد البيع والابانة
والعداوة اى كلم بعد بيعه وبعد ابانة امراته وبعد صار صديقه عدوا لم يحنث لان داعى اليمين يحتمل ان يكون غيظا
لحقه من المضاف وللمضاف اليه فيكون كل منهما مقصودا من وجه فذكر المضاف اليه لاجل غيظه وذكر المضاف لتشديد
اليمين فوجب اعتبارهما فلا يحنث بالشك سواء كان اضافة ملكا او اضافة نسبة وهو رواية الجامع الصغير وحنثه محمد رحمه الله
لا الاول فى اضافة النسب وهى اضافة العبد والمراة والصديق الى فلان فى رواية وهى رواية الزيادات وجه قوله ان
الاضافة للتعريف لان المراة والصديق قد تهجر ان لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط
دوامه للاستغناء بعد التعريف فيتعلق الحكم بعين كل واحد منهما كما فى الاشارة وان زاد الاشارة بان قال والله
لا اكلم عبد فلان هذا او امراته هذه او لا ادخل دار فلان هذه فدخلها بعد البيع وكلمهم بعد انفصال الاضافة حنث
فى المراة والصديق ولم يحنث فى الدار والعبد عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وحنثه محمد رحمه الله الحالف فى العبد والدار ايضا
كما حنث فى المراة والصديق لان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ فى التعريف لكونها كوضع اليد عليه فلغت الاضافة وتعلقت

اليمين بالعين فصار كالصديق والمرأة ولهما ان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك كما لو اشار
وهذا لان هذه الايمان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لغيظ لحقه من ملاكها والاضافة فيما تلغو اذا لم تفد فائدة اخرى
غير التعريف وهنا افادة وهي بيان هجرانه لصاحبها لغيظ لحقه منه لان الدار لا يهجر لذاتها وكذا العبد لانه لخسته لا يهجر بل الهجران
فيعتبر المضاف الى المضاف اليه كلاهما بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانهما قد يهجران لذاتهما
فيرادهن الاضافة التعريف فلما اتحد المقصود رجحنا جانب الاشارة لكونها ابلغ وكذا لو دخل الحالف دارا اشتراها
فلان بعد اليمين حنث في قولهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث في الدار بملك حادث وعنه في رواية ان اليمين في جميع ذلك
الى الملك القائم دون الحادث وفي ظاهر الرواية فرق ابو يوسف رحمه الله بين الدار وغيرها فقال الدار لا تستحدث فيها
عادة فكان مقصود الحالف الامتناع عن دخول دار مضافة الى فلان وقت اليمين فتقيد اليمين ولهما ان اللفظ مطلق
يتناول الكل والعادة مشتركة فلا يصلح مقيدا كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان او حلف لا اكلم صاحب هذا
الطيلسان او حلف لا اكلم هذا الشاب وكلمه بعدما باعه او بعدما شاخ حنث لان الطيلسان في المسئلة الاولى
لا يهجر لذاته فيكون للتعريف والحكم تعلق بالمشار اليه في المسئلة الثانية فيلغو الصفة وان كلم المشتري الطيلسان
لا يحنث لان الاضافة بمنزلة الاشارة او حلف لا يكلمه اي لا يكلم الحين او الزمان ولا نية له وقع على ستة اشهر وعند
... يراد ساعة وعند ... يراد سنة فعلى ما نوى بالاجماع كذا في العيون لان الحين يطلق على الزمان القليل
الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ويطلق على اربعين سنة كما قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة ويطلق على ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين قال ابن عباس رضي الله عنه
هي ستة اشهر وهذا هو الوسط فيصرف اليه اليمين لانا نعلم انه لم يرد به الساعة لان الغضبان لا يعزم على ترك الكلام
ولا يحلف على ذلك والمزيد لا يصدق غالبا لانه بمنزلة الابد وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين او حلف لا يكلمه دهرا فعند ابي يوسف
عند ابي حنيفة رحمه الله حتى قال حين سئل عنه لا ادري ما مقداره والتوقف عند عدم المرجح من الكمال اشار ابن عمر رضي الله عنه
فقال لا ادري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر رضي الله عنه سئل عن شيء لا يدري فقال لا ادري وفي الجامع المحبوبي توقف
ابو حنيفة رحمه الله في اربع مسائل احديها هذه والثانية الخنثى المشكل والثالثة وقت الختان والرابعة محل اطفال
المشركين في الفرق قلت هذا تنبيه لكل مفتي لئلا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه ذكره المجاز فتعاقرا على
تحريم الحلال او منع وجد ... كالحين وفي العيون والابد والدهر على العمر وعندنا ان ... على ساعة وعند
مالك يراد على سنة قيل الخلاف في المنكر واما المعرف فينصرف الى العمر وقيل الخلاف فيهما جميعا والاول هو الصحيح لهما ان
يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين فيكون بمعناه وهو قول الثلثة كذا في العيون وله ان دهر
لم ينقل عن احد من ارباب اللغة تقديره فوجب التوقف فيه ودهر ليس كحين في الاستعمال لان المعرف من حين كمنكره و
من الدهر يقع على الابد واللغة لا تدرى بالقياس او حلف لا يكلمه اياما او شهورا او سنين على ثلثة من كل صنف لتيقن بها

فان عرفهما وقال لا اكلمه الايام والشهور او السنين ولا نية له فهو عشرة ايام وعشرة اشهر وعشرة سنين عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا في اسبوع اي سبعة ايام في الايام وهو قول بعض ... وعند مالك رحمه الله الابد كذا في العيون وفي الاشهر على
اثني عشر شهرا وفي السنين على العمر لان اللام لتعريف العهد في الاصل فاذا وجد معهود كان احق به والاسبوع معهود في عدد
الايام والسنة في عدد الشهور وليس في السنين معهود فيصرف الى عمر الحالف وله ان اللام للعهد الا ان العشرة معهود
في الجمع المعرف لانها اقصى ما يذكر بلفظ الجمع لانه يقال ثلثة ايام الى العشرة ثم يقال احد عشر يوما او شهرا او سنة فكان هو
تعريفا لهذا المعهود ولا يشكل هذا بتناول ذلك الايام تناولها والظاهر انه لا يراد بها العشرة لان اسم الجمع العشرة
وما دونها الى الثلثة حقيقة في حالتي الاطلاق والتعيين ويمتنع ما وراء العشرة في حالة الابهام دون التعيين
وكان الصرف الى الجمع في الحالين اولى وفي الاية فلم يقتصر على العشرة لان تلك اشارة الى الايام ومن حلف على فعل
تركه ابدا اي يجب عليه اي لا يفعله مدة عمره حتى لو فعله لا يحنث يمينه او حلف على فعل اي على ان يفعل فعلا فعله مرة اي بر من
يمينه بفعله مرة واحدة لان النفي في موضع الاثبات لا يقتضي العموم وانما يحنث بوقوع الياس عن الفعل بهلاك الفاعل او
محل الفعل وفي المحيط الحلف بالاثبات لا يبر لان يكون مقرونا بكلمة التاكيد وهو اللام والنون حتى لو قال والله افعل
كذا ولم يفعل لا يلزمه الكفارة وهذا هو المستعمل في كلام العرب ومن استحلفه الوالي ليعلمه بكل داعر وهو الفاسق اختص
اعلامه بحال ولايته لان مقصود الوالي دفع شره بواسطة زجره فاذا زال عنه ولايته يفوت عن تاديبه قدرته وان
لم يعلم حتى مات المستحلف او عزل يحنث وانعقدت لاعلام الوالي الذي بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول ولو قال
لامراته ما البس اي ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة لمن يكون بمكة فاشترى قطنا فغزلته ونسجته ولبس
فهو هدي عند ابي حنيفة رحمه الله فيجب ان يهديه وشرطا ملكه يوم الغزل اي ... لا يجب حتى تغزل من قطن ملكه
يوم حلف لان النذر لا يصح الا في ملكه او مضافا الى سبب ملكه وغزل المرأة ليس من اسباب الملك لانها قد تغزل من قطنها او
تغزل من قطن زوجها عادة فيكون غزلها سبب الملك ولهذا لو غصب قطنا فغزلته يكون ملكا للزوج دونها والقطن
لم يملكه حتى يضاف اليه النذر ولو ذكر وقال لئن لبست من غزلك من قطني فهو هدي يكون هديا بالاجماع ولو قال من قطن
لا يكون سببا فان الحلف الغزل ولم يبين ... الى المعتاد وشرط الحنث بالتحلي لبس اللالي مرصعة اي اذا حلفت لا تلبس
حليا ولبس عقد لؤلؤ وحده ولم يكن مرصعا بالذهب لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث بعقد لؤلؤ وحده لقوله تعالى وتستخرجوا
منه حلية تلبسونها والمستخرج غير المرصع ولهذا ان اللؤلؤ لو كان حليا لما جاز للرجل لبسه فقد اباحه واطلاق الحلية
على اللؤلؤ في الاية مجاز وكذا الخلاف في الزبرجد وقيل الخلاف فيه عرف زمانه اي لا يتحلى باللالي الا مرصعا وفي عرفنا انما
تحلى بها وحدها ويفتى بقولهما لان التحلي باللالي وحدها معتاد في زماننا

فصل

في البيع والشراء والتزوج ونحو ذلك ... حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يوجر او وكل الحالف باحد هذه الافعال لم يحنث لانه غير عاقد حقيقة

ولا حكما لرجوع حقوق العقد اليه لا الى الوكيل حتى لو كان الحالف هو العاقد بالوكالة عن الغير يحنث ولو نوى في
حلفه ان لا يامر غيره يحنث لان فيه تشديدا على نفسه ولو كان الحالف ممن لا يباشر بنفسه هذه العقود لكونه ذا سلطان لا يحنث الا بفعل
الوكيل لان اليمين باعتبار عادته منصرفا الى التوكيل وان كان الحالف يباشر تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب ولو حلف لا يتزوج
او لا تطلق او لا تعتق او كلا باي بواحد من المذكورات حنث لان الوكيل به سفير محض فيكون كالرسول ولهذا لا يضيف
العقد الى نفسه وانما يضيفه الى موكله وحقوقه راجعة الى الامر لا اليه وكذا الصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض
والاستقراض والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه ولو حلف لا يضرب عبده فامر
غيره فضرب يحنث ولو حلف لا يضرب ولده فامر به غيره لا يحنث والفرق ان فائدة ضرب العبد راجعة الى المولى فصار
كضربه بنفسه ومنفعة ضرب الولد وهو كونه مؤدبا عائدة الى الولد لا الى الاب فلا يكون كفعله ولو حلف لا يضرب حرا
فامر به غيره لا يحنث لانه لا يملك ضرب الحر فلا يملكه بالامر الا ان يكون الامر ذا سلطان او قاضيا فحينئذ يحنث لانهما
يملكان ضرب الحر حدا او تعزيرا فيملكان الامر او حلف لا يتزوج امراة بالكوفة او حلف لا اشتري له شيئا با
لكوفة فقيل عنه ولها اي في الكوفة بايجاب فضولي واجيز بالبصرة اي وقع اجازة النكاح في البصرة او باع
غيره بفضولي بالكوفة ثم اجيز البيع بالبصرة لم يحنث ابو يوسف رحمه الله لان العقد تم بالاجازة وهي حصلت بالبصرة
فلم يوجد التزوج او الشراء بالكوفة فلا يحنث وخالفه محمد رحمه الله بالحنث وقال يحنث لان العقد وجد بالكوفة
وان كان غير نافذ ولهذا اشترط الشهادة وقت العقد دون وقت الاجازة وحين ثبت الاجازة صارت مستندة الى وقت
العقد وكان تزويجها بالكوفة فيحنث وهو ظاهر المذهب كذا ذكر في الجامع الصغير او حلف لا يهب عبده لفلان
فوهبه فلم يقبل فلان ايجاب هبته او قبل ولم يقبضه يحنث حكمنا بالحنث وقال زفر رحمه الله لا يحنث لان تمام الهبة بالقبض
فلا يحنث بدونه كما في البيع وفي البيع لا يحنث ما لم يملكه المشتري بالقبول ولهذا قال زفر رحمه الله اذا حلف لا يبيع فباعه
ما لم يملكه المشتري بالقبض ولنا ان الهبة تبرع فيتم بالمتبرع وحده كالاقرار والوصية بخلاف البيع فانه معاوضة فلا يتم الا
بالقبول وههنا دقيقة وهي ان حضرة الموهوب له شرط للحنث حتى لو وهب وهو غائب لا يحنث بالاجماع وكذا الحكم في كل
المعاوضات يحنث بالاجماع او حلف ليقضين دينه الى قريب تصرف الى ما دون الشهر لانه يعد قريبا عرفا ولو قال ليقضين
دينه الى بعيد فالى اكثر منه اي انصرف الى اكثر ما دون الشهر ولذلك يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر او حلف
ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد المستحق اي رب الدين بعضها زيوفا وهو ما يرده بيت المال او وجد نبهرجة
وهو ما يرده التجار او ستوقة بفتح الحاء لم يحنث لان هذه الاوصاف لا تسلب اسم الدراهم عنها ولهذا تجوز بالزيوف
النبهرجة في راس السلم وبدل الصرف فيجوز ولو لم يكن دراهم لكان الاستبدال وهو غير جائز غايته انه يكون معيوبة والعيب لا يعدم
الجنس وقبض الدين الدراهم المستحقة قبض صحيح فوقع البر ثم بعد ذلك انتقض القبض بالرد ولا ينتقض البر المتحقق

قد اخلت به او وجد المستحق المقبوض كلها او بعضها رصاصا او ستوقة وهي ما يكون داخلها نحاسا وخارجها فضة وهي
حنث لانها ليست من جنس حقه ولهذا لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم او حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم اي متفرقا
فقبض بعضه دون باقيه فغاية الشرط يحنث حتى يقبض جميعها لانه اضاف القبض الى دين معروف فينصرف الى قبض كله بصفة
التفريق فلا يحنث بقبضه ولو قبضه في وزنين ولم يتخلل بينهما عمل الوزن لم يحنث لان ذلك ليس بتفريق لتعذر قبض الكل
دفعة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه والله اعلم

كتاب ادب القاضي

الادب الدعاء الى الحسن الشيء والادب بسكون الدال هو دعاء الناس الى الطعام وهو الطعام وانما سمي به لانه يدعوا الى المحامد
والفضائل اعلم ان القضاء بالحق من اقوى الديانات بعد الايمان بالله تعالى واشرف العبادات ولاجله اثبت الله لآدم عليه السلام
اسم الخليفة فقال اني جاعل في الارض خليفة ولداود عليه السلام ايضا فقال يا داود انا جعلناك خليفة في الارض وبه
امر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم السلام بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وهذا بالقضاء بالحق
اظهار الحق العدل وبه قامت السموات والارض ودفع الظلم وهو ما يدعوا اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم
وايصال الحق الى المستحق وامر بالمعروف ونهي عن المنكر ولاجله بعث الانبياء والرسل وبه اشتغل الخلفاء الراشدون
رضوان الله عليهم اجمعين فالقضاء فريضة محكمة ليس فيها احتمال التخصيص ولا نسخ وسنة متبعة للنبي والخلفاء الراشدين بعده
لا يصح ولاية القاضي حتى يكون اهلا للشهادة لان القضاء والشهادة كليهما من باب الولاية وهي تنفيذ القول على
الغير شاء الغير او ابى ونحن نفضل تولية العدل المجتهد اي جعله واليا وحاكما لانه يعمل بفتوى نفسه والمجتهد من يحوي
علم الكتاب في وجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها فقد قيل بقدر ما يتعلق بالاحكام دون المواعظ ويكون
مصيبا في القياس عالما بعرف الناس كذا في الكفاية وقيل لو كان صوابه اكثر من خطائه يحل له الاجتهاد والاول اصح
وقيل لو كان عالما في مسئلة يعرف حقيتها ولا يخفى عليه دقيقها فهو مجتهد في تلك المسئلة وعند الشافعي رحمه الله الاجتهاد شرط
وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في التبيين وذكر القدوري ان الاجتهاد من شروط التولية وصاحب الهداية ان اهلية الاجتهاد
من شرط الاولوية ونحن نجيز تولية الجاهل المقابل بالمجتهد فيستفتي بالمسئلة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول
مالك واحمد رحمهما الله كذا في التبيين لانه مامور بالقضاء بالحق وهو لا يتيسر الا بالعلم ولا يمكن جعل عالما بعلم غيره ولنا ان الغرض
من تولية القضاء دفع شر الظالم وايصال الحق الى اهله وهذا يحصل بالحكم بفتوى العلماء وينبغي ان لا يولى الجاهل
دينا ولا الفاسق ويختار من العلماء من هو الاقدر والاولى والاورع لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو
اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقيل لا يصح قضاء الفاسق وهو اختيار الطحاوي وهو قول الثلثة
كذا في التبيين وينعزل بالفسق وهو قول الثلثة كذا في التبيين فاذا قلد القضاء وهو عدل ففسق باخذ الرشوة ينعزل وعليه الفتوى
لان من قلده اعتمد عدالته فولاه بتلك الصفة فاذا فسق لم يكن راضيا بتقليده فلم يبق قاضيا بالاجماع كذا في التبيين ثم القا

الصحيح م

اذا اخذ الرشوة تبطل جميع قضاياه ولو كان جميع قضائه بالحق لانه لم يبق امينا وقيل بطل القضاء الذى اخذ الرشوة
فيه لانه لما اخذ فيه الرشوة صار مستاجرا على القضاء والاستيجار عليه باطل لانه عبادة كذا فى النوازل ولو ارتشى ولده او
بعض اعوانه او من لا يقبل شهادته له لا ينفذ حكمه لانه عامل لنفسه او لابنه فهو كارتشائه بنفسه ومن اخذ القضاء برشوة فالصحيح
ان لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ حكمه كذا فى جامع الفصولين وقيل ان ولى فاسقا اى جعل واليا حال كونه فاسقا
صح قضاؤه لانه قلد بفسقه وصار راضيا فلا ينعزل ما لم يعزل فان طرأ اى عرض عليه الفسق انعزل وقيل يستحق
العزل بطروه فى ظاهر المذهب لكن لا يجب على من قلده ان يعزله وعليه مشايخنا رحمهم الله ولا يستفتى الفاسق اى ينبغى ان لا
يطلب منه الافتاء ولا يصلح وهو قول الثلثة كذا فى العيون لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله فى الديانات
وقيل يصلح وينبغى ان يقلد كما فى القضاء كذا فى الهداية لانه يجتهد كل الاجتهاد فى اصابة الحق حذرا من النسبة الى الخطا
وينبغى ان لا يسئل القاضى القضاء فان فعل فهو مسىء كذا فى النوازل لقوله عليه السلام من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن
لم يسأله ينزل عليه ملك يسدده فيرخص الدخول فيه اى فى القضاء وان وجد غيره افضل لان معاوية رضى الله عنه ولى
وكان فى الصحابة افضل منه لمن يثق باداء فرضه اى فرض القضاء لقوله عليه السلام ساعة عدل افضل من عبادة
وفى رواية من عبادة ستين وفى النوازل ساعة عدل افضل من عبادة ستين سنة الا ان تركه عزيمة لان القضاء
امر مخوف لا يسلم فى بحره كل سابح فلا ينجو منه كل طالح الا من عصمه الله تعالى والامتناع اولى لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء
فكانما ذبح بغير سكين والذبح بغير سكين خنق وهو يؤثر فى الباطن دون الظاهر ولهذا دعى ابو حنيفة رحمه الله
الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب فى كل مرة ثلثين سوطا وفى المرة الثالثة قال استشير اصحابى فاستشار ابا يوسف
رحمه الله فقال لو تقلدت لنفعت بالناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر الغضب قال ارأيت ان امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت
اقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعى الشعبى فابا وكذا دعى محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر فتقلد
كذا فى الكفاية ويكره دخوله لمن يخاف العجز عنه اى عن القضاء والحيف فيه باختياره لقوله عليه السلام من جعل قاضيا فكانما
ذبح بغير سكين ويفترض الدخول فى القضاء على المتعين له اى للقضاء اذا اجتمع فيه شرايطه لانه لو تأخر مع تعينه
لتقدم من لا يصلح له وفيه فساد عظيم ودفعه فرض صيانة لحقوق العباد واخلاء العالم عن الفساد ويجوز التقليد
من الجاير اى من الامير الظالم لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية والامام الحق كان عليا رضى الله عنه
وكذا تقلدوا عن الحجاج هذا لو كان القاضى يمكنه بالحق واما اذا كان الامير الظالم منعه عن اقامة الحق لا يجوز التقلد منه
لفوات المقصود من القضاء ويجوز قضاء المرأة كما جاز شهادتها وعند الثلثة لا يجوز كذا فى العيون الا فى الحدود والقصاص
فان قضاؤها فيهما لا تقبل كما لا تقبل شهادتها فيهما واذا ولى اى جعل واليا وسلم اليه ديوان من تقدمه فى القضاء وهو الخرائط
التى فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء فى اموال اليتامى والمتعينين فى الاوقاف وتقدير النفقات وفيها

امينان فيهما او فى سلان عن المعزول شيئا فشيئا فيجعلان كل نوع فى خريطة وهذا السؤال لكشف الحال دون الالزام
وينظر القاضى الثانى فى حال اهل السجن فمن اعترف بحق الزمه ما اعترف به لكون الاقرار حجة ملزمة ومن انكر لم يقبل قول
المعزول عليه اى قول القاضى المعزول بان قال ثبت عندى على من انكر بان الحق عليه لان القاضى بالعزل التحق بساير الرعية
وشهادة الواحد ليست بحجة سيما اذا كان على فعل نفسه الا ببينة فياتى المدعى ببينة على منكر حقه ويستظهر قبل تخليته اى تخلية من لم يقم
عليه بينة يتفحص عن حاله ويرسل مناديا الى المجالس والسكك يقول من يطالب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر ولا يبادر
التخلية سبيله لان فعل القاضى الاول حق ظاهرا وفى تخليته ابطال حقهم فان لم يحضر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه ويعمل
القاضى اللاحق ويثبت فى الودايع والوقوف حجج وقيد بما يقوم به الحجة مطلقا ليشمل البينة والاعتراف فان اعترف
الذى فى يده الوديعة ان المعزول سلمها اليه قبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للمعزول وبين مستفاد من
جهته فيقبل قول المعزول ولو اعترف ابتداء انها لفلان ثم اقر بتسليم المعزول اليه ثانيا فقال المعزول هى لفلان اخر
سلم الوديعة الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمنها القاضى فيضمن المعزول ذلك العين او مثلها الى المقر له الثانى
ويجلس فى المسجد الجامع ليكون موضع حكمه ظاهرا لاهل بلده لانه عليه السلام كان يحكم فى المسجد ويفصل الخصومة فى معتكفه
والخلفاء الراشدين كانوا يجلسون فى المساجد لفصل القضايا والحكومات ولان القضاء الحق من افضل العبادات
والمسجد احق بها كالصلوة وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس فى المسجد احترازا عن دخول المشرك والحائض ولو جلس
فى داره لا باس به ولو باذن الناس بالدخول فيه ويجلس معه الفقهاء واهل القاضى ولا يجلس وحده للتهمة كذا فى النوازل والشرك
نجاسته فى الاعتقاد دون البدن ولا يمنع دخول الحائض تخبر القاضى بحالها فيخرج اليها او الى باب المسجد ولا يقبل
القاضى هدية الا من قريب ذى رحم محرم منه الهدية ما ياخذه القاضى بلا شرط اعانة والرشوة ما ياخذ بشرط الاعانة
لا حكومة له اى لا خصومة لذلك القريب مع احد ولو كان له خصومة لا يقبل منه هدية ما دامت الخصومة فان قبل منه بعد
انقطاع خصومته جاز او معتاد اى يقبل القاضى هدية من المعتاد اهداه قبل القضاء ولا يزيد على عادته لانه لو زاد يكون
زيادة لكونه قاضيا فلا تقبل ولا يحضر دعوة خاصة بالاجماع الا عند الشافعى رحمه الله فى وجه ولعن رسول الله غير خصم كذا فى العيون
وهى التى اذا علم المضيف عدم اجابة القاضى لتركها وان حضر دعوة عامة جاز لانتفاء التهمة منه وفى الكفاية لو كان المضيف
ممن لا يجب دعوته ولو كانت عامة واستثنى قريبه اى اجاز محمد رحمه الله حضور القاضى دعوة خاصة لقريبه قياسا على جواز
اخذ هديته وقالا لا يجوز لمكان التهمة ويشهد الجنازة ويعود المريض اذا لم يكن من المتخاصمين لان ذلك من حقوق المسلمين
ولا يضيف احد الخصمين لان فيه تهمة ولو اضاف جميعا لا باس به ولا يسير ولا يسار اى لا يتكلم احدهما سرا
ولا يتحكم على طاحدها ولا يمازح ولا احدهما لان ذلك يوجب مهابة المجلس فلا يلقن حجته لان فى كل منهما ميلا الى احدهما
وحيفا بالاخر فان المدعى اذا راى ميل القاضى ربما ترك دعواه فيضيع حقه واستحسنه ابو يوسف رحمه الله تلقين الحجة لغير

النهمة للهداية كذا في النوازل وكذا لا يلقن الشاهد الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله وفي مجلس الشافعية كذا في العيون
ويسوي بينهما في المجلس والنظر والاشارة وحكي ان ابا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم اني ما تركت
العدل بين الناس الا في حادثة واحدة فاغفر لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على امير المؤمنين دعوى فلم يمكنني
ان امر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاذاة مع خصمه ولكن رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما امكنني ثم سمعت الخصومة
قبل ان يسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري فاذا ثبت الحق بالبينة فطلب المدعي حبس غريمه لم يعجل القاضي لظهور مطله
عند القاضي او ثبت الحق بالاقرار اي باقرار المدعى عليه فطلب حبسه ثبت اي توقف القاضي في حبسه ولم يعجل به لان مطله لم يثبت
باول الحال والحبس جزاء المطل ولو امر القاضي المديون بالاداء فان امتنع عن الاداء حبسه في كل دين هو بدل مال كالثمن
وبدل القرض لان غناه ثابت بحصول المال في يده او هو بدل ما التزم بعقد كالمهر والكفالة كذا اراد المعجل دون المؤجل
كذا في الهداية لان التزام المال باختياره دليل على يساره ظاهرا لان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على ادائه وعادة
ان النساء لا يطالبن المهر الا عند الفراق وبعد الموت فهو تاجيل عرفا او مطلقا لا يصير له حالا حتى ينقض
العهدة وبه عامة المشايخ رحمهم الله وقيل يصير حالا او لما طلب المهر مع الحال لكن للقاضي ان لا يسمع ذلك ما لم
كذا في القنية فيحبس لا في غير ذلك فلا يحبس القاضي في ضمان المتلفات وارش الجنايات ونفقة الاقارب اذا ادعى الغريم الفقر
حتى يقيم المدعي بينة بيساره اي بيسار الغريم والا فالقول له لان الفقر اصلي والغناء عارض فيحتاج الى
وقيل القول له على الدين مطلقا سواء كان بدل مال او لا لان الفقر اصلي والغناء عارض فاحتيج الى البينة كما لو اعتق
احد الشريكين العبد المشترك وادعى انه معسر فالقول للمعتق وكذا القول للزوج بانه معسر اذا ادعت زوجته
موسر ويجاب عنه على ظاهر الرواية بان الاعتاق ليس بدين مطلق فان المريض اذا اعتق في مرضه العبد المشترك لا يجب
الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا النفقة فانها ليست بدين مطلق بل هي صلة ولهذا تسقط بالموت ولو كان دينا مطلقا لم يسقط
الا بالاداء او بالابراء ويحبس القاضي المديون فيما لو كان القول للمدعي لكن كان له مال او ثبت ذلك بالبينة لظهور ظلمه
مدة يراها القاضي مصلحة ليظهر ماله ان كان يخفيه في الصحيح وفي تقدير المدة روايات فيقدر تلك المدة بشهر او بشهرين
او ثلاثة او اربعة الى ستة اشهر انما صار تلك المدة لان بعض الناس يكون حريصا
من اخراج ماله قليلا وعند بعض المالكية في القليل لا يحبس اكثر من نصف شهر وفي الكثير اربعة اشهر فقط كذا في العيون
فان لم يظهر له اي للغريم مال اطلقه ولا يحول بينه وبين غرمائه اي بين المدعي والمدعى عليه وعندهما وعند الشافعي رحمه الله
بينهما كذا في العيون الا ان يبين بيساره او تقوم بينة على افلاسه قبل حبسه فيقبل وهو رواية عن
وبينة اليسار اولى من بينة الاعسار كذا في العيون ويحبس الزوج في نفقة المرأة لانه بامتناعه عن الانفاق كان ظالما
فيحبس لا يحبس والد في نفقة دين ولده الا اذا امتنع ان ينفق عليه اي على ولده فانه يحبس احياء للولد ولا

اي لا يجعل قاضيا غيره خليفة ونائبا على القضاء الا ان يفوض اليه من تقلد القضاء عنه كما في الوكيل ليس له
ان يوكل غيره الا باذن الموكل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف غيره بلا تفويض لان الجمعة على شرف
الفوات فالامر باقامتها اذن بالاستخلاف فيها دلالة فاذا استخلف القاضي غيره بتفويض ذلك اليه ليس له ان يعزله لانه
يكون نائبا عن الخليفة الا ان يقول الخليفة استبدل لمن شئت في عملك عزله واذا رفع اليه اي الى القاضي حكم حاكم
مجتهدا كان او مقلدا امضاه لان اجتهاد الاول وحكمه تاكد بالقضاء فيرجح على اجتهاد القاضي الثاني الا ان يخالف
الكتاب والسنة المشهورة او الاجماع ويعرى عن دليل فلا يمضيه وان حكم القاضي المسئلة فيها في الصدر الاول يكون
مجمعا عليها الا ان يكون المسئلة مخالفا للكتاب والسنة المشهورة او الاجماع فلا يجوز حكمه لان اجتهاده لا يعارض
الامور فاذا حكم المجتهد بما يخالف فيما ثبت بالكتاب كحل متروك التسمية عمدا او فيما ثبت بالسنة المشهورة كحل المطلقة بالثلث
او فيما ثبت بالاجماع كحل درهم بدرهمين لا يمضيه فاذا رفع الى حاكم لا يمضي حكمه وكذا اذا كان القود مستحقا بين رجل وامرأة
فعفت المرأة القود عن مستحقه فحكم القاضي بابطال العفو وقال لا عفو للنساء وحكم بالقود لا ينفذ حكمه ولقاض
اخر ان ينفذ العفو ويبطل الحكم بالقود لان قول المخالف للجمهور عري عن دليل وكذا لو اجتمع فقهاء الامصار
على شيء بقول واحد فخالف لقولهم يكون خلافا لا اختلافا فاذا قضى بقوله لا ينفذ لان القضاء ينفذ في موضع الاختلاف
لا في موضع الخلاف وكذا لو حكم المقلد الحنفي في هذه المواضع بناء على قول الشافعي رحمه الله في العدل وعطاء سعيد بن المسيب
وعلى قول ابن عباس رحمه الله في الثالث لا ينفذ لما ذكر فان قضى مجتهد او مقلد وهو يعلم انها مجتهد فيها او ان لم يعلم يكون حكم
بالجهل وهو باطل بالاجماع بخلاف مذهبه ناسيا فهو نافذ عند ابي حنيفة رحمه الله وفي العمد روايتان وجه النفاذ انه حكم
ليس بخطا بينا ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه والاصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه كان
يقضي في حادثة ثم يرفع اليه مثل تلك الحادثة فيقضي بخلافه وقال الشعبي حفظت من عمر رضي الله عنه سبعين قضية لا يشبه بعضها
بعضا فعلم منه ان الاجتهاد لا ينقض بمثله ولكن فيما يستقبل يقضي بما ادى اليه اجتهاده ثانيا كالتحري في القبلة وقالا
لا ينفذ مطلقا عمدا كان او ناسيا وهو قول الثلثة وبه يفتى كذا في العيون لانه قضاء فيما هو خطا عنده ويفتى بقولهما
وفي الصغرى الفتوى على قوله وفي المحيط اذا لم يعلم بكونها مجتهدا فيها ينفذ قضاؤه عند بعض المشايخ رحمهم الله ولا ينفذ
واذا علم به ينفذ وهو ظاهر المذهب هذا اذا كان الحاكم مستبدا او وجد الاختلاف في الصدر الاول واختلف المخالف قول الائمة
او وجد رواية عن ايمتنا والا يكون حكما بما هو خطا عنده فلا يجوز حكم الحنفي على كل قول الشافعي رحمه الله
الا باحد الامرين ونحن لا نحكم على الغايب عن البلد وعن مجلس الحكم حاضرا في البلد وهو الصحيح كذا في الحقايق وقال الشافعي رحمه الله
يحكم القاضي وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون لان الحق ظاهر عنده بالبينة ولنا ان البينة يقطع المنازعة وهي انما تثبت
بالانكار والغايب يحتمل ان لا ينكر فلا يعمل بالبينة وكذا لو انكر ثم غاب لان الانكار وقت القضاء شرط في الواقعات

رجل توجه عليه القضاء ببينة قامت عليه وعدلوا فاختفى الرجل لا يقضي عليه حتى يحضر لانه لو قضى عليه يكون هذا قضاء
على الغائب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي عليه وذكر القاضي ابو علي النسفي اني رايت في بعض النوادر قول ابي حنيفة
مثل قول ابي يوسف رحمه الله فصارت المسألة متفقا عليها فاذا اراد ان يحكم على الغائب ينبغي ان يقدم المدعي رجلا الى القاضي و
يدعي عليه الكفالة بامره لذلك المال الذي على الغائب لمن هو وينكر الكفالة فيقيم البينة على كفالته بذلك المال فلما اثبت الكفالة لك
المال على الغائب الذي على الغائب ثم يبرئ عن الكفالة ويبقى الدين عليه فلا الا الثابت فيجوز الحكم عليه فيقيم نايب الغايب انه بـ
مناب نحو الوصي لنايب المختار للميت لا من قبل الشرع وتسوى القضاء بشهادة الزور نافذ عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا اى
ظاهرا فيما بيننا وباطنا في ثبوت الحل فيما بينه وبين الله في العقود كالنكاح والبيع والشراء والنسب وفي الهبة والصدقة
روايتان ومن صورته ما ادعت على رجل انه تزوجها فاقامت عليه شاهدي زور حل وطئها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وكذا لو ادعى عليها نكاحا اي يحل وطئها لو ادعى على آخر انك بعت مني هذه الجارية واشتريتها والآخر ينكر فقضى القاضي بشاهدي
زور حل للمشتري وطئها عنده خلافا لهما والفسوخ كالاقالة والطلاق والرد بالعيب كالعقد اذا ادعى على العاقد فسخ
العقد في الجارية او ردها بالعيب واقام البينة الزور فقضى القاضي بالفسخ حل للبايع وطئها وقالا لا ينفذ الا ظاهرا لا باطنا
وهو قول الثلاثة كذا في العيني لقوله عليه السلام انكم تختصمون لدي فلعل بعضكم الحن بالحجة من بعض فمن قضيت له
بحق وارى انه حق فلم يكن حقا فانما اقضي له بقطعة من النار فلم ينفذ قضاء النبي عليه السلام فلان لا ينفذ قضاء الغير
اولى فلا يحل له وطئها لان القضاء اظهار ما كان ثابتا لا الاثبات لما لم يكن والعقد اذا لم يكن ثابتا في نفس الامر لا يكون
ثابتا في الحكم فلا ينفذ باطنا كما لو ظهر الشهود عبيدا او كفارا وله ان القضاء واجب على القاضي اذا اقيمت عنده
البينة حتى لو لم ير الوجوب عليه نحو يكفر ولو لم يقض يفسق ولما كان القضاء للظهار المهو ثابت فلو ادعى على امراة نكاحا
واقام شاهدي زور فقضى القاضي بحل له وطئها وحل لها تمكينه امتنع القول على ظاهر بعد شاهده زوجا ك
والقضاء قضاء بامر الله تعالى بحجة شرعية فيما له ولاية الانشاء فيجعل انشاء تحرزا عن الحرام لانه يجب على القاضي ان يطهر ما
عن مثل الحجة واشار اليه عليه السلام انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر ولقوله عليه السلام درى حكمك بالبينة
اي درى عنكم اللوم في الدنيا والاثم والعقوبة في الاخرة كذا في النوازل فيجب اثبات عقد اقتضاء كما اثبتنا البيع في قوله
اعتق عبدك عني بالف لئلا يكون تكليفا بما ليس وسعه بخلاف الرق والكفر فانه لا يمكن الوقوف عليهما في الجملة فلا ينفذ
بالاجماع ولو ادعى ملك جارية مطلقا ولم يبين سببا لكن لم ينفذ باطنا بالاجماع لتعذر اثباته بدون السبب وفي الهبة
والصدقة عن ابي حنيفة روايتان قال الفقيه ابو الليث يفتى بقولهما كذا في المحبوبي والقاضي والشاهد والراوي
يعملون بالخط في صحيفة عند ابي يوسف ومحمد كما لو وجد القاضي قضاء مخطوطا او الشاهد شهادة والراوي رواية مع
نسيان الحادثة اى مع نسيان القاضي والشاهد والراوي لا يتذكرون الحادثة واجازوا اى العمل بالخط اذا علموا انه خطهم

ويفتى بقولهما كذا في العيني لان العمل بغالب الظن واجب والخط يفيد غالب الظن فوجب العمل به وله ان الخط يشبه الخط فلا يعمل
به احتياطا وقد قال عليه السلام اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع وهو اي القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله ممنوع عن
الحكم بما علمه قبل الولاية اى قبل ان يتقلد القضاء ولا بما شاهده قبل ان يتولى القضاء ولا بما علم به في غير مصره الذي
استقضى فيه وقالا له ذلك لان مستند الحكم هو العلم فعلوم واحد قبل القضاء وبعده وما علم حال القضاء وبعده فيجوز القضاء به
وله ان علمه قبل القضاء علم شهادة واحد فلا يكون موجبا للعلم القضاء وما علمه حال القضاء يكون باحتياط ومبالغة فيه
فيقضي به بالاجماع الا في الحدود والقصاص كذا في النوازل فان قضى القاضي في باب الحدود والقصاص مقضيا فان لم يمض
كانه لم يقض لان القضاء فيه اتمام الحكم بخلاف القضاء في الاموال لان القضاء فيها اظهار الحق لان الوجوب ثابت قبل القضاء
الا انه غير ظاهر كذا في النوازل وروى ابن سماعة ان محمدا رحمه الله رجع في اخر عمره وقال لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء
حتى يشهد معه اخر لان القاضي غلط فشرط مع علمه شهادة الاخر ليجتمع شاهدان كذا في جامع الفصولين قال القاضي عمله
اخذت منك الفا ودفعته الى زيد حكمت به فقال الرجل اخذته ظلما فالقول له بالاجماع وكذا لو قال قطعت يدك بحق وقال
قطعته ظلما وهو معترف بانه فعل في قضائه فالقول للقاضي المعزول كذا في العيني وقاضيخان في شرح الجامع الصغير واذا
اثنان تحاكما بصفة القاضي اى برجل حكما بينهما ويكون اهلا للحكم كالقاضي جاز ذلك لهما ولزم على انفسهما فيصح تحكيمهما وحكمه
عليهما فلا يجوز ان يكون المحكم كافرا وعبدا وصبيا او محدودا في قذف لانه ليس على صفة القاضي في غير الحدود والقصاص
لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فلم يستوفيا بالصلح فلا يجوز التحكيم منهما لانه ليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته
وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات فانها رواجع وغيرها وهو صحيح الا انه لا يفتى
به دفعا لتجاسر العوام كذا في الكفاية وعن الحلواني انه قال في قول لا يجوز حكم المحكم في كل شيء ولكل ان يرجع قبل حكمه الا
في رواية عن الثلثة بعد اقامة بينة وعن الشافعي في قول للقاضي لا بد من رضاهما بعد حكمه كذا في العيني واذا حكم لم يجز رجوعهما
بالاجماع الذي قول من الشافعي رحمه الله لان من رضاهما ينفذ حكمه كذا في العيني ويمضيه القاضي اى ينفذ حكمه ان رفع اليه اذا
وافق حكمه مذهبه ثم فائدة هذه الامضاء ان لا يكون للقاضي لو يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه
وان حكم في دم خطأ بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه غير محكم من جهتهم فلا ولاية عليهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده
القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه حكم بخلاف النص الا اذا ثبت القتل باقراره فان العاقلة لا تعقله ويصح الحكم بالحجة ويقضي
بالنكول والاقرار لانه وافق الشرع ولو قال للخصمين الذين حكماه اقررت عندي بكذا وحكمت به عليك وانكر المقضي
عليه اقراره يقبل قوله ولا يلتفت الى انكاره لقيام ولايته عليهما كالقاضي لو قال حكمت بكذا وقال المحكوم عليه حكمت علي ظلما وهو معترف بانه فعل
في حال القضاء فيقبل قول القاضي بلا يمين كذا في العيني ولا يجوز حكم الحكم لابويه وولده وزوجته لتمكن التهمة كالقاضي اى كما لا يجوز حكم
القاضي لهؤلاء ولو قضى على هؤلاء جاز لانتفاء التهمة اختصم غريبان عند قاضي بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم كذا في الحاوي

مع التمويه

فعلى هذا قضاء قاض بلدة بين الغريبين في الحدود والقصاص ويقبل البينة كتاب القاضي الى مثله اي الى قاض اخر وفيما
يقبل كتاب القاضي اذا اقام البينة عند المكتوب اليه لان الكتاب يشبه الكتاب في كل حق لا يسقط بشبهة فلا يجوز
في الحدود والقصاص لانهما يسقطان بشبهة فلا يجوز اثباتهما بكتاب الحاكم الذي هو نقل الشهادة في الحقيقة لان فيه
شبهة البدلية كما لم يجز بالشهادة على الشهادة وعند مالك رحمه الله يقبل كذا في العيون فيكتب بالحكم كما اذا غاب المدعى عليه بعد الحكم
فجحد ولم يسلم اليه الحق فطلب المدعي من القاضي ان يرسل الى قاضي بلدة فيها خصمه كتابا وذكر فيه حكمه لينفذه ويلزمه تسليم
كذا في الكفاية او ينقل الشهادة فيحكم المكتوب اليه يقبل كتاب القاضي في العقار لان التعريف فيه يقع بالتحديد وفي المنقول
على المختار فان الكتاب الحكمي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله غير مقبول في المنقول لانه يحتاج الى الاشارة وكيفية الحكم
الحكمي فيه يكون هكذا مثلا اذا ادعى رجل في البصرة انه كان له عبد فابق وبين اسمه وحليته وسنه وقيمته وهو اليوم في يد
فلان بن فلان في الكوفة واقام عليه البينة فارسل حاكم البصرة الى الحاكم الكوفة كتابا بنقل شهادتهم فلما وصل اليه الكتاب احضر
خصمه ونظر فان وافق حليته في الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له واخذ كفيلا وامره ان يذهب الى الحاكم البصرة
ليشهد الشهود ثمة ان هذا العبد بعينه ملك المدعي فاذا شهد كذلك الحكم به لان خصمه غائب ثم يبعث الى حاكم الكوفة
كتابا حكميا حتى يحكم على خصمه في الكوفة ويبرئ الكفيل والمختار وهو مذهب محمد رحمه الله انه يقبل في الحقوق ايضا وعليه
الفتوى ويقرأ القاضي الكتاب على الشهود ليعلموا ما فيه ويختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم اي الكتاب الى الشهود دفعا لتهمة التغيير
ويوجب ابو يوسف رحمه الله الاشهاد وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون وعلل ان هذا الكتاب كتاب القاضي وختمه ختمه لا غير
اي غير القراءة عليهم والتسليم اليهم ليس بشرط بل يسلمه الى المدعي والقضاة عملوا اليوم بقوله واختاره قول ابي يوسف رحمه الله
الامام السرخسي بريد فيه كذا في العيون ولا يقبله اي الكتاب القاضي المكتوب اليه حتى يحضر الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة
فيشترط حضوره وينظر القاضي ختمه فاذا شهدوا انه كتابه سلمه الينا وقرأ علينا فضه اي فتح ختمه وقرأه المكتوب اليه
على الخصم والزمه ما فيه ولم يذكر ما اي ابو يوسف بالشهادة على الكتاب لم يشترط في فتح الكتاب ظهور العدالة له والصحيح
ذكر الخصاف انه لا يحتاج الى ان يشهد الشهود انا شهدنا انه كتابه وفي الذخيرة فلو خرج عن اهلية القضاء او مات القاضي
الكاتب او عزل قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل به عندنا لانه التحق باحاد الرعية وقال ابو يوسف رحمه الله يعمل به وقول
الثلاثة كذا في العيون وكذا لو مات المكتوب اليه بعد وصوله قبل القراءة لان القضاء انما يجب على المكتوب اليه عند القراءة فقبلها
النقل لاما فيبطل لعوله الا اذا كان المكتوب اليه معينا بان قال الى فلان بن فلان القاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لان غيره يكون تبعا له كذا ذكره الصدر الشهيد لانه يكون معروفا في الجملة بالعطف على المعرف تامل وعند الثلاثة لا يبطل بموت المكتوب اليه
ولو قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين مطلقا اختاره بعض المشايخ رحمهم الله لا يعمل به عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان المكتوب
اليه غير معلوم وجوز العمل به ابو يوسف رحمه الله توسعة للناس وهو قول الثلاثة كذا في العيون ولو مات الخصم نفذ على وارثه
لقيام مقامه ومن الحكام من يعرف بين العوام والخواص عند المكتوب عليه قبل المدعي عليه الى نايب الحاكم ان فلانا ادعى على فلان وشهد شاهدا على وجهي للرد فيه

قوله لا اصل له ولا يجب لوجهه في الكتب المشهورة اذا كتب في الكتاب الحكمي انه كتب بعدما التزكية والتعديل والتحليف العرفي
لان مدعي فيه فما القابع في قوله انا ادب اليهما او هذا الاخر مجرد تامل

كتاب الدعوى

هي المنازعة لغة والفه للتانيث وفي الشريعة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة ويعرف المدعي من لا يجبر على
الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر وقيل المدعي من يتمسك بالاثبات لنفسه والمدعى عليه من ينفيه عنه حتى لو قال المدعي هذا
الشيء ليس كذا لا يكون دعوى حتى يقول هذا لي وكذا لو قال الخصم هذا الشيء لي لا يكون جوابا منه حتى يقول هذا ليس لك وقيل المدعي
من لا يستحق الا بحجة والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله بغير حجة كذا في البدائع عن محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه من يكفيه مجرد
الانكار وانما عرف المدعى عليه عرفا للمدعي لان الانكار لا يختص بالمدعى عليه فكم من مدع صورة وهو منكر معنى والعبرة فيه
للمعنى لا للصورة حتى لو قال المودع رددت الوديعة يكون مدعيا صورة ولهذا لو اقام البينة على الرد يقبل فيكون مدعيا
بهذه الحيثية ومدعى عليه معنى لانه منكر الضمان في ذمته ولهذا يقبل قوله مع يمينه فالحاصل في معرفة المنكر موكول الى نظر الفقيه
وحكمها وجوب الجواب بلا او نعم ولهذا يجب احضاره ويشترط لقبولها اي قبول الدعوى معرفة المدعى به لانه لو كان مجهولا
لا يمكن الشهادة والقضاء في جنسه وقدره لان الغرض من الدعوى الزام المدعى عليه عند البرهان والالزام في المجهول
لا يمكن فاذا كان المدعى كيليا لا بد من بيان جنسه بانه حنطة او شعير ونوعه بانه سقية او برية وصفته بانها جيدة
او وسط او رديئة وقدره بان يقول كذا قفيزا وسببه لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فاذا كان بسبب
السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف وعن الاستبدال به قبل القبض وان ادعى الدقيق بالقفيز
لا يصح لانه يكال بالكيل فلا بد من ذكر الوزن ومن انه دقيق بر او شعير منخول او غير منخول كذا في الذخيرة وفي
الكفاية يشترط لصحة الدعوى مجلس القضاء حتى لو كانت في غيره لا يستحق على المدعى عليه جوابها او يشترط احضاره اي احضار
المدعى ان كان عينا حاضرة في يد المدعى عليه فيكلف احضارها ليشير اليها بالدعوى كما في الشهادة والاستحلاف ولو لم يمكن
احضاره كالرحى ونحوه حضر الحاكم او بعث امينه والا اي ان لم يكن حاضرة في يده فبيان قيمتها اي يشترط بيان قيمتها
ليصير المدعى معلوما به قال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وذكر في عامة الكتب لو لم
يبين قيمتها يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمتها لتضرر به فاذا سقط بيان القيمة عن الدعوى
يسقط عن الشهود ايضا بل هو اولى ولو كان المدعى عقارا فتحديده في الدعوى والشهادة شرط عند ابي حنيفة رحمه الله ولو اكتفيا
بالشهرة في المشهور لان الغرض من التحديد التعريف وذا حاصل في الشهرة بشهرة الرجل في الدار المعروفة كدار عمرو بن حريث
بكوفة ولهما ان العقار المشهور قد يزاد وينقص ويبقى مجهولا فلا بد من ذكر حدوده باسماء اصحابها وانسابهم بذكر الاب
والجد ليعرف الا ان يكون الرجل الذي ينسب اليه الحد مشهورا فيكتفى بذكره لحصول المقصود بالاجماع بخلاف ما اذا كان العقار
مشهورا فانه لا يستغني عن الحدود بشهرته عنده ويكتفى اكتفينا بذكر ثلثة من حدود العقار ويسكتوا عن ذكر الرابع وقال

زفر رحمه الله لا يجوز ولا بد من ذكر الاربعة وهو قول الثلثة كذا في العيون لان تعريف العقار انما يحصل بذكر الحدود الاربعة ولهذا
لو غلط في الرابع لا يقبل بالاجماع ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط لانه يختلف به المدعى وعن ابي يوسف رحمه الله لو ذكر حدين
يكتفي بهما واختلف فيهما فقيل يجب ان يكون متقابلين وقيل متصلين فكما شرط ذكر الحدود في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا
ثم يذكر بيد المدعى عليه اي يجب على المدعي ان يذكر ان المدعى به في يده لانه انما يكون خصما اذا كان المدعى في يده قالوا وهذا في المنقول
لان اليد فيه غير شاهدة لعله كان في يد غيرهما او تواضعا عليه ليكون وسيلة الى اخذه بحكم الحاكم ويشترط مطالبته لان حق
ان يكون مرهونا في يده وانما يزول هذا الاحتمال بطلبه حتى قيل يجب ان يقول انه في يده بغير حق وان كان المدعى دينا فطالبه
اي يشترط ان يطالبه بالدين وتعريفه بالوصف فاذا صحت الدعوى سال الحاكم المدعى عليه عن دعواه لينكشف له وجه القضاء
لان الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والاحتياج فيه الى القضاء بخلاف البينة لانها انما تصير
حجة باتصال القضاء بها فان اعترف قضى عليه اي يحكم باعترافه وان انكر سال المدعي اي طلب الحاكم البينة على دعواه لقوله عليه السلام
الك بينة فان احضرها حكم بها وان عجز وطلب يمينه اي يمين المدعى عليه استحلفه الحاكم لقوله عليه السلام لك يمينه كذا في النهاية
وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي واذا كان المدعى عليه صبيا محجورا ولم يكن للمدعي بينة لا يكون له حق احضاره الى باب
القاضي لانه لا يتوجه عليه اليمين لان نكوله لا يقضى بنكوله وان كان له بينة وهو يدعي الاستهلاك كان له حق احضاره
لان الصبي يؤاخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه لكن يحضر معه وليه فيؤمر بالاداء عنه فان نكل الزمه
المدعى وقال الشافعي رحمه الله لا يحكم بالنكول بل ترد اليمين الى المدعي وان اخر الحاكم الحكم حتى يعرض اليمين ثلث مرات بعد نكوله
الحاكم ثلث مرات ان حلف والا قضى عليه كان اولى وهذا انما يستحب في موضع الخفاء احتياطا ولو قضى بالنكول مرة جاز
هو الصحيح وعندهما وهو قول مالك ولم يرد به اشتراط العرض ثلثا كذا في العيون وهو المذهب ولو قال المدعى عليه بعد النكول
عن اليمين ثلث مرات انا احلف يحلفه القاضي قبل القضاء بالنكول وبعده لا يحلفه ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء
ونحن لا نجيز رده اي رد اليمين على المدعي وقال الشافعي رحمه الله ترد اليمين على المدعي اذا لم يكن له بينة وهو قول مالك واحمد
في قول كذا في العيون فان حلف المدعي عليه يقضى به لان امتناع المدعى عليه عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة وان نكل
المدعى انقطعت المنازعة وعن احمد رحمه الله لا يرد عند نكوله في الظاهر وان نكل بلا حلف او سكوت ترد اليمين الى المدعي عند
الثلثة كذا في العيون لان الظاهر صار شاهدا للمدعي عند نكول خصمه فيعتبر بيمينه كالمدعى عليه بنكوله ولنا قوله عليه السلام
البينة للمدعي واليمين على من انكر قسم عليه السلام بينهما والقسمة تنافي الشركة وهذا الحديث وان كان من الاحاد لكنه
في حيز التواتر وذكر في بعض المواضع انه استخرج من هذا الحديث مائتا الف مسئلة وهو من جوامع الكلم ولو اصح
على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال فالصلح باطل وابراء المدعى عليه كذا في التتمة ولو قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر فالقاضي
لا يستحلفه عند ابي حنيفة رحمه الله بل يحبسه حتى يقر او ينكر وقالا يستحلف لان قوله لا اقر انكار معنى وقوله لا انكر اقرار معنى فتعارضا وتساقطا

وكان في حكم السكوت والسكوت نكول فيكون بمنزلة النكول الحقيقي ولنا قوله عليه السلام اليمين على من انكر ولا يستحلف مع قوله
لا انكر صريحا ونحن لا نحكم بالشاهد الواحد واليمين وقال الشافعي رحمه الله اذا اقام شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر
وحلف المدعي على ما ادعاه قضى الحاكم لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين وذكر في الوسيط انه يقضي فيما يثبت بشهادة
رجل وامراتين يقضى بشاهد ويمين وذكر في الاموال وفي المحيط لو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ولنا قوله عليه السلام
البينة للمدعي واليمين على من انكر وهو حديث مشهور ورد ما يخالفه فيكون مردودا وفي النظائر هذا شاذ لانه لو حلف
مع امراتين لم يجز بالاجماع كذا في الحقائق ولو قال بينتي حاضرة في المصر فطلب يمينه اي طلب من القاضي ان يستحلف خصمه
لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله فان القاضي لا يستحلفه وقالا يستحلف لان الاعتبار لما كانت البينة غائبة عن المجلس وله
ان الاعتبار لما اذا كانت حاضرة في مجلس القضاء ولهذا لو كانت حاضرة في المجلس وطلب المدعي لا يجيبه القاضي بالاجماع
واذا كانت غائبة في المصر مسافة السفر يستحلف بالاجماع واذا قال المدعي ليس لي بينة على هذا ثم اقام البينة عليه لا تقبل
عند ابي حنيفة رحمه الله ذكر في ادب القاضي للحسن بن زياد وذكر في شرح الطحاوي انه تقبل عنده لانه اكذب بينته وهو قول
محمد رحمه الله كذا في الخزانة لانه يحتمل ان يكون له بينة ونسيها وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ولو اقام المدعي البينة بعد
حلف المدعى عليه تقبل لقول عمر رضي الله عنه اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وكذا لو قال المدعي للمدعى عليه احلف
وانت بري او قال ان حلفت فانت بري فحلف ثم اقام البينة تقبل ولو قال المدعي ليست لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة
تقبل في الروايات كلها كذا في الخزانة ويأخذ المدعي فيما قال المدعي بينتي حاضرة في المصر كفيلا بنفسه اي نفس المدعى عليه
استحسانا ثلثة ايام هو الصحيح عن الامام لئلا يضيع حق المدعي لو احضرها وليس فيه ضرر عظيم على المدعى عليه ولا فرق بين ان
يكون المدعي جليلا او حقيرا او المدعى عليه جاهلا او فقيها في ظاهر المذهب وعن محمد رحمه الله لو كان المدعى عليه معروفا والظاهر
من حاله انه لا يختفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المال حقيرا كذا ذكر المصنف في شرحه واذا قال
بينتي غائبة عن المصر لا يؤخذ كفيلا لان الغائب كالهالك من وجه فلا فائدة في التكفيل فان امتنع المدعى عليه من اعطاء الكفيل
بنفسه لازمه اي دار معه حيث سار حفظا للحق ولا يجبره القاضي على التكفيل بالاجماع الا ان يكون غريبا اي يكون المدعى عليه مسافرا
في الطريق فيه لازمه مقدار مجلس القاضي اي الى ان يقوم القاضي عن مجلسه لان في الملازمة اكثر من ذلك احترازا عن الاضرار به من حيث منعه
من السفر ولا يستحلف في حد لحلها كما ادعى عليه القذف فانكر وكذا في اللعان كما اذا ادعت على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان
فانكر الزوج لا يستحلف بالاجماع كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان لان اللعان في معنى الحد وهذا الكلام يتضمن معنى الخلاف
تضمن معنى اخبار اعلم عنه بناء فان ادعى العبد انه حر والبينة له يستحلف المولى حتى لو نكل ثبت العتق ولو يستحلف السارق فنكل
ضمن لان المقصود من دعوى السرقة استخراج المال والنكول يصلح حجة في المال فيقضى بالمال كما لو ثبت السرقة بشهادة رجل وامراتين
يقضى بالمال ولا يقطع بالاجماع وكذا لحمل كذا اسند الى النيل على الخلاف عطف على الجملة المنفية الدالة على الاتفاق ولا يستحلف

عند ابي حنيفة رحمه الله في مجرد دعوى النكاح كما لو ادعى على امرأة نكاحا او ادعت المرأة عليه نكاحا فلا يستحلف الزوج عنده فلو
قالت المرأة للقاضي لا يمكنني التزوج لان زوجي قد انكر فيقول القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فتخلص ولا يلزم على الزوج
شيء لانه لم يقر بالنكاح وهذا الذي لم يكن المقصود بالاول لو ادعت المرأة على رجل انه تزوجها بالف وطلقها قبل الدخول ولها
عليها نصف المهر فانه يستحلف بالاجماع ويلزم بالنكول ولا يثبت النكاح وكذا لو ادعت به الارث والنفقة او امتناع الرجوع
في الهبة فانكر الزوج يستحلف في قولهما فان نكل والنسب يثبت من الحقوق وبالنكاح كذا في شرح الجامع الصغير
قاضي خان والرجعة عطف على قوله المجرد كما لو ادعت عليه وهو عليها بعد العدة انه راجعها وانكر الاخر لا يستحلف عنده وفي كما اذا ادعى
المولى عليها او هي عليه بعد مدة الايلاء انه فاء فيها وانكر الاخر وثمرة الخلاف في هذين المسئلتين وجوب الطلاق وعدم وقوعه
فالمرأة تدعي انها طلقت بائنا لعدم الفيء في مدة الايلاء فالزوج يدعي عدم وقوعه لوجود الفيء فيعلم منه انه لا يستحلف في الطلاق عنده
خلافا لهما والاستيلاد اي نسب الولد اذا ادعى ان المدعى عليه ابنه او ولده وكذا لو ادعى رجل ان المدعي اخ المدعى عليه بان ابوهما ابو ترك ما لا
في يد المدعى عليه وطلب من القاضي فرض النفقة عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال
ولا يقضى بالنسب وهذا الخلاف الاستيلاد بان ادعت الامة على سيدها انها ولدت منه وانكره ولا يتصور من جانب الاخر
اذ لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وهذا ملحق بالاشياء الستة لان الدعوى فيه دعوى النسب او الولاء في
والولاء بان ادعى رجل مجهول النسب انه معتقه او ادعى هو انه معتقه وكان ذلك في ولاء الموالاة والاخر ينكر كما ادعى على رجل
مجهول النسب انه عبده او هو يدعي عليه انه مولاه والاخر ينكر وقالا يستحلف في هذه الاشياء وهو قول الثلاثة فان نكل يحبس
حتى يقر او يحلف وكذا الخلاف لو ادعى على ولي صبية انه زوجها الولي فانكر الولي لا يحلف الولي عندهما فان نكل الولي ثبت النكاح
عندهما دونه وكذا الوكيل الدعوى في الرضا بالنكاح او في الامر بالنكاح يحلف عندهما دونه ولو ادعى انه زوج
بنته الكبيرة لا يمين عنده ايضا لان اقرار الولي على بنته الكبيرة بالنكاح لم يجز بالاجماع بخلاف الصغيرة ولكن يحلف الكبيرة
على العلم لانه على فعل الغير ولو ادعى انه زوج امته يستحلف المولى عندهما ولو كبيرة لان اقرار المولى بالنكاح يصح عليها خلافا له
وقيل ينبغي ان يفتى بقولهما كذا في العيني وقيل ينظر القاضي في حال المدعي فان رأى متعنتا ياخذ بقوله وان رأى مظلوما ياخذ
بقولهما لان النكول في معنى الاقرار وهو بذل الحق على المدعي بدليل انه يعتبر من المأذون والمكاتب وبما يملكه البذل
فاذا كان النكول اقرارا فالاقرار يجري في هذه الاشياء فيجري الاستحلاف كما في الاموال وانما لم يجعل اقرارا في الحدود
لانها لا تثبت بما فيه شبهة كالشهادة على الشهادة والنكول في معنى الاقرار لكن فيه شبهة البذل فلهذا لم يثبت الحدود
وله ان الاستحلاف فيها لا يجري لان الخلوة خلافه ونرى لقضاء بالنكول وان النكول في معنى البذل لانه لو جعل اقرارا لصار كاذبا في
انكاره ولو جعل بذلا لا يكون كاذبا لانه يحمل على انه يعطيه لقطع الخصومة فحمله على البذل يكون اولى صيانة للمسلم عن ان
يظن به الكذب فاذا كان بذلا فالبذل لا يجري في هذه الحقوق لانه انما يجري فيما يستباح فلا يجري الاستحلاف وانما اعتبر النكول بذلا

والمكاتب لانه بذل لضرورة دفع الخصومة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما يدخل الضيافة اليسيرة ومعنى البذل هاهنا ترك
المنع وهو جائز في المال لان امره هين ولا كذلك في الاشياء الستة وقد خص قوله عليه السلام اليمين على من انكر من الحدود فجاز
تخصيصه بالقياس في الاشياء الستة ويحلف المدعى عليه في دعوى القصاص في النفس والطرف اي الاعضاء اذا عجز عن اقامة البينة
فيستحلف المدعى عليه لقطع الخصومة بالاجماع فان نكل فالقصاص في الطرف لازم اي فيما دون النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وفي
النفس يحبس حتى يقر او يحلف في النفس اي الحبس لازم في دعوى القصاص اذا نكل عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقر بالجناية او يحلف وعند الثلاثة
يقتص فيما دون النفس وحلف المدعي كذا في العيني وقالا المال فيهما اي فيلزم الارش في الطرف والدية في النفس لان النكول اقرار عندهما
لكن فيه شبهة البذل فيمتنع القصاص في النفس وفي الطرف لما فيه شبهة القصاص فيجب المال فيهما لتعذر القصاص وله
ان النكول بذل عنده فلا يمكن ايجاب الدية مع بذل النفس فيجب الحبس حتى يقر او يحلف لان اليمين حق مستحق فالحبس مشروع
لاجله كما في القسامة اذا امتنع واحد من المحلفين عن اليمين واما الاطراف فتلحق بالاموال من جهة انها مخلوقة لوقاية الانفس
كالاموال فيجري البذل كما يجري فيما يلحق بها ولهذا لو قال اقطع يدي فقطعها لا يضمن وان ظفر اي ظفر الداين من مال المديون
بجنس حقه اخذه بالاجماع وان ظفر بخلافه اي بخلاف جنس حقه لا ياخذه وقال الائمة الثلاثة في احد قوليه ياخذ ويتملك بمقدار حقه
من الدين ويبيعه بنفسه بغير امر القاضي بجنس حقه لان الاخذ مثل حقه في المالية فله ان ياخذ كما اذا ظفر بجنس حقه وفي قوله الاخر
ياخذ ويرفع الى القاضي حتى يبيعه في حقه بعد اقامة البينة على الاستحقاق ولنا انه لو سلم الى الداين خلاف جنس حقه لا يجبر على قبوله
كما يجبر في تسليم جنس حقه فاذا كان ما اخذ غير حقه ويكون فيه نوع بيع فلا يجوز الا برضا المديون

فصل

في كيفية اليمين والاستحلاف ويحلف بالله ولا يحلف بغيره لما مر في كتاب الايمان لقوله عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك
ويؤكد باوصافه بان قال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الذي يعلم السر والاخفى ونحوها وللقاضي ان يزيد
في التغليظ او ينقص منه على حسب ما يقتضيه الحال ويحترز عن تكرار اليمين بادخال حرف العطف وقدمنا في الايمان تفصيله قيل التوكيد
يكون في الحالف الفاسق وقيل في المال الخطير دون الحقير ولو حلف وامتنع عن توكيده باوصافه لا يقضى عليه لان المقصود وهو الحلف
بالله قد حصل لا تحليف بالطلاق والعتاق لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا ساغ
للقاضي ان يحلف بهما اذا الح الخصم لقلة المبالاة باليمين بالله لكن لو نكل عنه لا يقضى عليه كذا في البزازية وغيرها لانه امتنع
عما هو منهي عنه ولو قضى القاضي به لا ينفذ ولو طلب المدعي تحليف الشاهد لا يجيب القاضي لانا امرنا باكرام الشهود كذا في المبسوط
ولا يغلظ بزمان كالتحليف في يوم الجمعة ولا بمكان كالتحليف في المسجد لان ذلك زيادة على النص ويحلف اليهودي بالله الذي
انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى فيغلظ على كل واحد منهما بما انزل الله على نبيه والمجوسي
بالله الذي خلق النار وهذا ما ذكره محمد رحمه الله في الاصل وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يحلف احد الا بالله خالصا وذكر
الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لانه وقد لوحظ في ذكر لطيفة وهي ان

الخ

مع اسم الله عز وجل تعظيما لها ولا ينبغي في ذلك بخلاف الكتابي لانه كتاب الله فيجب تعظيمه ويحلف الوثني بالله فقط لانه يقر بالله
وان كان يشرك معه غيره كما قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون في معبداتهم في بيوت عبادتهم
لان القاضي ممنوع عن حضورها واذا جحد المدعى عليه انه باع منه العبد بالف اي اشترى من رجل عبدا بالف فانكر استحلف
بالله ما بينكما بيع قايم فيه بالف قايم في الحال ويقول عند الحلف بالله ما بيننا بيع قايم فلفظ ما في بينكما نافية والضمير
في فيه يرجع الى الظرف المتقدم ويحلف في الغصب ما يستحق عليك رده فاذا ادعى غصب شيء فانكر خصمه يقال له احلف
على انه لا يستحق عليك رد ما ادعاه ويقول في حلفه بالله لا يجب علي رد ما ادعاه هذا اذا كان الثوب المغصوب قايما واما اذا كان
هالكا يستحلف على القيمة لا غير كذا في المحيط وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على القيمة بناء على ان
عندهما الحق في القيمة لا في العين وعنده الحق في العين لا في القيمة ما لم يقض القاضي بالقيمة او تراضيا عليها حتى لو اصطلحا على
اكثر من قيمته جاز عنده خلافا لهما ويحلف في دعوى النكاح ما بينكما نكاح قايم في الحال وهذا على قولهما وعلى قوله لا يجوز
الاستحلاف في النكاح ويحلف في دعوى الطلاق اذا انكر الزوج الطلاق حلف على انها ما هي باين [illegible] منك الساعة بما قالت
لا بنيها انه على قول ابي يوسف رحمه الله فانه قال يستحلف على السبب في رجع قوله لانه ليس فيه خطر في النفي من قوله وقد ذكر في جملة المذكورات
النكاح والطلاق فلا يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله فيهما كما مر ولذا قال في غيرها الحلف على الحاصل وهذا يكفي لاسنادها الى محمد رحمه الله
ولهذا عكس ابو يوسف [illegible] قول ابي يوسف فقدم قول محمد رحمه الله فلا يرد الاعتراض بان ذلك قول لا يستحلف مطلقا
الى محمد رحمه الله فهذا ليس قوله فقط وان قرا بالمجهول لا يدل على الاتفاق فابو يوسف رحمه الله تعالى خالفهما فلا يستحلف بنفي الاسباب
يقول في البيع بالله ما بعت لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يقول في الغصب بالله ما غصبت لاحتمال انه غصب ثم ملكه المغصوب بالهبة
او البيع ولا يقول في النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم ابانها ولا يقول في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها
ثم راجعها او نكحها والحاصل ان الدعوى لو وقعت في سبب فاليمين يكون على الحاصل هو الاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
اذا كان السبب مما يرتفع لان المقصود من السبب احكامها فيحلف على بقيها لا على نفي السبب فيكون على السبب عند ابي يوسف رحمه الله
لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه كذا ذكره في الهداية فالخلاف مقيد بقيدين احدهما ان لا يكون في التحليف
على الحاصل ضرر للمدعي ولذا كان ضرر يحلف على السبب بالاجماع كما لو ادعى شفعة بالجوار فالمدعى عليه شافعي لا يرى الجوار فيحلف
على السبب لان المدعى عليه يحلف على الحاصل وعدم حق الشفعة بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي وثانيهما ان يكون السبب
يرتفع كالبيع واخواته وان كان مما لا يرتفع يحلف على السبب بالاجماع كما العبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه فانكر يحلف بالله
ما اعتقه ولذا كان العبد كافرا ادعى على مولاه يحلف على الحاصل ويقول بالله ما هو حر في الحال لان الرق يمكن ان يتكرر عليه بان ينقض
العهد ويلحق بدار الحرب ويسبى ثانيا ولا يتكرر على المسلم لانه اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يقبل منه الا الاسلام او السيف وقيل
على السبب لو نكر وعلى الحاصل لو قال ماله علي شيء وبه قال الثلاثة وبه يفتى كذا في العيني ويحلف الوارث على العلم كما لو ورث رجل

عبدا فادعى آخر انه له واراد استحلاف الوارث يحلف بالله ما يعلم انه عبده ويحلف المشتري على البتات كما اذا اشترى من رجل
عبدا او ادعى آخر انه له يحلف المدعى عليه على البتات ويقول بالله هو عبده والاصل فيه ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات
وعلى فعل غيره على العلم ولا يشكل بالعبد اذا ابق من المشتري فادعى ان العبد ابق فانكر البايع يحلف على البتات مع ان الاباق
فعل العبد وهو غير البايع لان المدعي يدعي عليه تسليم المعيب وهو ينكر فيكون اليمين على نفيه وهو التسليم هذا اذا قال
لا علم فيحلف على فعله واما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات كالمودع اذا ادعى ان رب الوديعة قبضها وفي الخلاصة من قال ان لم
يدخل فلان الدار فامرأته طالق ثم قالت انه دخل فيها يحلف على البتات وان افتدى يمينه او صالح صح الا عند الشافعي رحمه الله
في الصلح ولم يحلف بعد الصلح واشترى يمينه لا يصح ويحلف الاشتراء بالاجماع كذا في العيني وذكر ما روي عن حذيفة رضي الله عنه ان
رجلا ادعى عليه لا فطلب يمينه فقال لا يحلف هو كل عشرة دراهم فابى فقال لا يحلف وكل عشرون درهما فابى وكل ثلاثون درهما
فابى وكل اربعون فابى ومن هذا دفع في [illegible] العوام ان اليمين الصادقة تشترى باربعين درهما كذا في شرح المبسوط والله اعلم

فصل في التحالف واذا ادعى البايع ثمنا اكثر مما يدعيه المشتري او ادعى المشتري مبيعا اكثر مما يدعيه البايع قضي
لمن اقام البينة لانها اقوى لا يعارضها مجرد الدعوى فان برهنا اي اقام كل منهما بينة قدم مثبتها اي المثبتة للزيادة لخلوه
عن المعارض فيها وهو ان البينات شرعت للاثبات وان كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا يعتبر بينة البايع في
الثمن وبينة المشتري في المبيع نظرا الى اثبات الزيادة والا يدعيا على التراضي او لم يكن لكل منهما بينة فقيل للمشتري ارض
بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع سلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان الغرض
قطع الخصومة وهو يكون بالتراضي فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ فان امتنعا عن التراضي تحالفا على بناء المجهول
اي استحلف القاضي كلا منهما لانه منكر لما يدعيه الآخر فيمين المشتري قياس ويمين البايع استحسان كذا في النوازل وفسخ
البيع بطلب احدهما بالاجماع سواء كان قبل قبض المبيع او بعده او قبل الاقالة او قبل القبض جاز على القياس وبعد القبض
جاز على خلاف القياس يثبت بالسنة لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا وفيه دلالة
على ان القاضي يفسخ لان البيع بثمن مجهول فاسد وقيل ينفسخ بنفس التحالف وهو قول الشافعي رحمه الله كذا في العيني لكن
الصحيح هو الاول بدليل ما ذكر في المبسوط لو وطئ الجارية المبيعة يحل بعد التحالف ولو نكل احدهما لزمه دعوى الآخر
وبدئ بالمشتري اي بدأ القاضي بتحليف المشتري لانه اشد انكارا لانه ينكر اصل الحق ولانه هو المطالب بالحقوق في العقد اولا وهو
الثمن فيعجل في النقل الصحيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان اليمين شرعت لفائدة النكول وهو قول محمد وقول ابي يوسف آخرا
وفي قوله الاول يبتدئ بالبايع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع ولا يقتصر هنا التخصيص
عن فائدة التقديم وعند الثلاثة يمين المدعى لا في وجه ان الشافعي رحمه الله يبتدئ بايهما شاء كذا في العيني هذا اذا باع سلعة
بثمن وان باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول وقيل يقرع بينهما في الهداية [illegible]

المشتري وادعى الشراء بالالف لاعلى النفي والاثبات بالفين وبين البايع وادعى انه باعه بالف وذكر في الزيادات انهم
يضم ينفي الى الاثبات فيقول المشتري وادعى الشراء بالفين ولقد اشتريته بالف والبايع وادعى انه باعه بالف ولقد باعه بالفين
الا ان الاصح هو الاول لان الايمان وضعت على النفي لانها للانكار بدليل حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وان اختلفا
في الاجل اي اذا ادعى احدهما الاجل وانكر الاخر او اختلفا في شرط الخيار او في استيفاء قبض بعض الثمن كله فالقول للمنكر وعند
زفر وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله يتحالفان كذا في المبسوط كما اذا اختلفا في وصف الثمن وجنسه ولنا انهما اتفقا على البيع والثمن
واختلفا في امر زايد فيكون الاختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان كما اذا اختلفا في الحط والابراء بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن وجنسه حيث يتحالفان فيهما كما في المعدلات لان الاختلاف في الصفة فيما هو غير الاختلاف في الثمن فيجري فيه بينهما
فاصل الثمن حق البايع والاجل حق المشتري فلا يكون الاختلاف في الاجل اختلافا في وصف الثمن الا يرى ان الثمن موجود
بعد مضي الاجل او اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك المبيع وحكم محمد رحمه الله بالتحالف والفسخ على قيمته اي قيمة الهالك وهو قول
الشافعي رحمه الله كذا في النوازل لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهو مطلق غير مقيد بقيام السلعة
فيعمل به وجعلا القول للمشتري مع يمينه لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا
وهذا الحديث مقيد بقيام السلعة وما رواه محمول على هذا المقيد لان راويهما ابن مسعود رضي الله عنه فان كان راوي المطلق
والمقيد واحدا يحمل المطلق على المقيد في حادثة واحدة بالاجماع ويحمل ترك القيد على غفلة الراوي ولان التحالف بعد القبض على
خلاف القياس لان المبيع سالم للمشتري لا يطالب البايع بشيء ينكره البايع واما البايع فانه يطالب المشتري بزيادة الثمن وهو
ينكره فيكون القول قوله مع يمينه هذا لو كان الثمن دينا وان كان عينا يتحالفان بالاجماع لان المبيع في احد الجانبين قايم الا يرى
انهما اذا تقايلا بعد هلاك احد العوضين يجوز اذا كانا عينين ثم ترد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك
بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان بالاجماع كذا في الكفاية وعلى هذا الخلاف لو اخرج المبيع عن ملكه او تغير
ثم التعيب اما الى زيادة ان كان من حيث الذات بعد القبض متصلة او منفصلة متولدة من عينه كالولد وبدل العين
كالارش والعقر تحالفان عند محمد رحمه الله خلافا لهما واذا تحالفا ترد القيمة عند الاتيان بالمشتري ليس مع العيب
وترد ان رضي المشتري او تخلط لو كانت الزيادة من حيث السعر تحالفا سواء كان قبل القبض او بعده ولو لم يكن الزيادة
عيبهما يتحالفان بالاجماع ويكون الكسب للمشتري عندهم جميعا او بعد هلاك بعضه اي بعض المبيع اذا كانا عبدين
احدهما قبل نقد الثمن عند المشتري فالتحالف ممتنع عند ابي حنيفة رحمه الله لان التحالف بعد قبض المشتري مشروط بقيام السلعة
وهي اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك من الثمن لان الهالك قدر
من ان يكون مبيعا بترك حصته فصار كان المبيع هو الحي وحده فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان فيها لكل لزم
دعوى الاخر وفي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ياخذ من ثمن الهالك ما اقر به المشتري دون الزيادة ويتحالفان ويترادان في الحي كذا في الاختيار

والقول للمشتري مع يمينه عنده لانه ينكر الزايد وامر ابو يوسف رحمه الله بالتحالف في القايم والفسخ فيه اي في القايم قيل معناه يتحالفان
على القايم لا الهالك لان الفسخ يرد فيه لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه
البايع يكون صادقا في اليمين لانه اشترى شيئين بالف اذ حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البايع لو حلف بالله ما بعت القايم
بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري يكون صادقا فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يتحالفا على القايم والهالك ويقول بالله ما اشتريتهما
بما يدعيه البايع ويقول البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل احد عن هذا الحلف لزمه دعوى الاخر وان حلفا
يفسخ العقد في القايم لا الهالك ويسقط حصة القايم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري ولا
يلزمه حصة الهالك لانها انما تجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ في الهالك عنده فيقسم الثمن الذي اقر به المشتري على القايم
والهالك على قدر قيمتها يوم القبض ويجعل ابو يوسف رحمه الله القول للمشتري مع يمينه في قيمة الهالك اذا اختلفا فيها
لان اعتبار البعض بالكل وكل المبيع لو كان قايما يتحالفا ولو كان هالكا لا يتحالفان فاذا هلك البعض وبقي البعض
يعطى لكل بعض حكم كله وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للمشتري مع يمينه وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاما
البينة فبينة البايع اولى لانها اوقع في الاختلاف قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القايم ضمنا فيرجح فلا ينظر الى دعوى
زيادة القايم وامر محمد رحمه الله بالتحالف فيهما اي في القايم والهالك لان الهلاك لا يمنع التحالف فصار كانهما حيان وفي
المقايضة محل الخلاف الهلاك بعد القبض اذ لو هلك احدهما قبل القبض يتحالفان بالاجماع ولو اشترى عبدا فباع نصفه
ثم اختلفا اي البايع الاول مع المشتري الاول في الثمن فالقول للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله مع يمينه فلا يتحالفان
وامر ابو يوسف رحمه الله بالتحالف في النصف الباقي على ملكه والفسخ في النصف ان رضي البايع بقبول النصف بعد
التحالف لانه تعيب بعيب الشركة وان لم يرض لم يتحالفا ويكون القول للمشتري ولم يامر محمد رحمه الله بالتحالف في النصفين
فيرد القايم وقيمة المبيع ان شاء البايع بقبول النصف القايم وقيمة نصف المبيع والا فقيمتهما اي ان لم يرض البايع بعد
المشتري نصف المبيع وقيمة نصف المبيع تحالفان ويفسخ البيع في العبد كله فيرد المشتري قيمة النصفين بعد التحالف
فسخ البيع في العبد وكل من الائمة في هذه المسئلة مر على اصله في المسئلة السابقة فلا يحتاج الى بيان الدليل وان اختلفا
في الاجارة اي مقدار الاجرة او في مقدار المدة في عقد الاجارة قبل الاستيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا اي فسخ العقد
لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع والاحكام السابقة من البداية الى التحالف وترجيح البينة وغيرها
جارية في الاجارة فان العين اقيمت مقام المنفعة في الفسخ فجعل كذلك وان اختلفا بعده اي بعد استيفاء المنفعة
كان القول للمستاجر فلم يتحالفا هذا على اصلهما ظاهر واما على اصل محمد رحمه الله فهلاك المبيع لم يكن مانعا بالتحالف الفسخ
في المبيع الهالك على قيمته وفي المنفعة المستوفاة فلا يمكن الفسخ فيها ولا في قيمتها لانها غير متقومة بنفسها وانما تتقوم
بالعقد وفيه بالفسخ لا يبقى العقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر مع اليمين لانه هو المستحق عليه

وان وقع الاختلاف بعد استيفاء بعض المعقود عليه يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول
المستاجر لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فيصير كان ابتداء العقد في كل جزء من المنفعة بخلاف البيع فان العقد
فيه ينعقد دفعة واحدة واذا اختلف المولى والمكاتب في البدل اي بدل الكتابة فلا تحالف ولا تنفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله
والقول للعبد مع يمينه وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الثلثة كذا في العيني لانهما اختلفا في بدل عقد يحتمل
الفسخ فصار كالبيع لان المولى يدعي بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعي على مولاه الحرية عند اداء ما يدعيه والمولى
ينكر فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن وله ان التحالف يجري فيما اذا كان كل واحد منهما يلزمه دعوى الآخر والمكاتب لا يلزمه الكل لانه
متمكن من الفسخ بالتعجيز ولا كذلك البيع لانه لازم من الجانبين واذا اختلف الزوجان سواء كان النكاح قائما بينهما
في متاع البيت فما يصلح للرجال كالقلنسوة والقباء والسلاح ونحو ذلك كان له اي للزوج المدعي مع يمينه لان الظاهر
شاهد له وكان في يدهما والقول في الدعوى لصاحب اليد وما يصلح للنساء كالمقنعة والخلخال فلها اي
كان للزوجة وما صلح لهما فله كآنية البيت الذي يصلح لهما للزوج عند ابي حنيفة رحمه الله لان المرأة وما في يدها في
يد الزوج فالقول لصاحب اليد وعند محمد رحمه الله بينهما فيما صلح لهما وعند الشافعي رحمه الله بينهما في الكل بعد التحالف
كذا في العيني او اختلف ورثة احدهما لو مات احد الزوجين مع الآخر فالصالح لهما للباقي الحي منهما زوجا كان او زوجة
عنده لان اليد ثابتة للحي لا للميت وقال ابو يوسف رحمه الله للزوجة جهاز مثلها في حالة الموت والحيوة والباقي
اي للزوج مع يمينه لانها تاتي بالجهاز وهو اعطي الجهاز عادة وكان الظاهر شاهدا لها وهو اولى من ظاهر يد الزوج
ولا يعارض في الباقي من جهازها فيدفع للزوج وكذا محمد رحمه الله صرح اليه اي الزوج في الحالين اي الموت والحيوة
يدفع ما يصلح لهما الى الزوج كما قال ابو حنيفة رحمه الله او الى ورثته اي ورثة الزوج لان الورثة خلفاء الميت فلا يتغير الحكم
فيما يصلح لهما بالموت كما لا يتغير فيما يصلح لاحدهما والطلاق والموت سواء في هذا فالحاصل انهم اتفقوا ان ما يصلح
لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحيوة والموت حتى يقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة رحمه الله
جعل للزوج في حيوتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما وابو يوسف رحمه الله جعل لها ما يجهز به مثلها في الحالتين ومحمد رحمه الله
جعل للزوج في الحالتين وقال زفر رحمه الله وقال مالك والشافعي رحمهما الله الكل بينهما نصفان في الفرقة والموت وقال
ابن ابي ليلى للرجل والمرأة ثياب بدنها وقال الحسن البصري بعكسه ويسمى هذه المسائل مسبعة لان فيها سبعة اقاويل
كذا في النوازل احضر ورثة وادعى على مورثهم دينا ولم يخلف الميت تركة يحلف الوارث ان انكر الدين لان غرضه
اثبات الدين لا الاستيفاء وعن الفقيه ابي جعفر رحمه الله انه يسمع البينة قبل ظهور التركة ولا يحلف وبه اخذ الفقيه
وذكر في النوازل برهن على ان كذا على الميت يحلفه على انه ما استوفاه ولا شيئا منه وان لم يدع الورثة الاستيفاء في
الفتاوى وان ادعى الورثة لان حق الميت كذا في البزازية وفي القنية ادعى على آخر على مورثه وشهدوا انه كان على الميت دين

لا يقبل حتى يشهدوا انه مات والدين عليه وعليه ديون مستغرقة فجاء آخر وادعى على الميت دينا وعجز
اقامة البينة ليس له تحليف الورثة لانهم ليسوا بخصم وكذا الخلاف وتحت نفينا الحكم بقسمة بينهما وقال زفر رحمه الله ما يصلح
لهما يقسم بينهما نصفين وهو قول محمد كذا في العيني لاستوائهما في الدعوى وفي اليد وفي غيره مثل ما قال ابو حنيفة
وقال الشافعي رحمه الله بينهما في الكل بعد التحالف وبعد الموت للحي كذا في العيني ولو كان احدهما عبدا او ميتا او مأذونا
فهو اي المتاع الصالح لهما للحر اي القول قوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان يده اقوى ويد المملوك ليست يد ملك و
المذكور في الهداية وغيرها ان يكون المتاع للحر في هذه المسئلة اذا كان في حيوتهما واما بعد موت احدهما فالمتاع
للحي لان الميت لا يد له فخلت يد الحي من المعارض وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات
فهو للحي منهما ومن نساء الطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله والمتن موافق لما قال السرخسي وقالا الحكم كالحر اي حكم الزوجين
الذين احدهما عبد مأذون او مكاتب اذا اختصما في متاع البيت يكون كاختصام الزوجين الحرين لان للمأذون
يدا معتبرة في الخصومة حتى لو اختصم المولى والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضي بينهما لاستوائهما وقال مالك والشافعي بينهما
رحمهما الله اي بين الحر والمملوك بنصفين في الكل بعد الموت كذا في العيني **فصل** فيما لا يكون خصما اذا ادعى
المدعي الخصم على آخر دعوى ملك عين مطلقا فان قال المدعى عليه هو في يدي بغير حق لا يكون دعوى الغصب فيندفع لو
برهن على الايداع وعلى انواع هو قوله فقال المدعى عليه ان فلان الغائب اودعني هذا الشيء او رهنه عندي او غصبته منه
او استاجرته واقام البينة على ما قال فليس بخصم بالاجماع اي لا يكون ذو اليد خصما للمدعي لانه اثبت ببينته ان الشيء
الذي يدعيه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة فهذه البينة يقتضي امرين احدهما الملك للغائب وهو ليس بخصم
فيه اذ لا ولاية له في ادخال شيء في ملك غيره بلا رضاه وثانيهما دفع الخصومة عنه وهو خصم فيه فكانت مقبولة لكن الكل و
كيلا يبطل اقامته فاقامت بينة على عتقها تقبل وقصر يد الوكيل عنها وان لم تقبل في دعوى العتق لم يحضر الغائب و
لو حلف ذو اليد على الايداع فنكل يصير خصما وقالا حين التحليف او غيبه ولكن غصبته لا يعتبر يمينه للتناقض
او ادعى ذو اليد وديعة ولم يمكن اثباتها حتى حكم للمدعي فنقض حكمه لو برهن ذو اليد على الايداع لا تقبل فلو قدم الغائب
على حجته ولو لم يبرهن ذو اليد على الايداع حتى صار خصما ثم قبل الحكم للمدعي برهن على الايداع تقبل لانه ما ظهر انه ليس
بخصم كذا في الجامع الفصولين وان ادعى المدعي مع دعوى الملك الفعل على ذي اليد بان قال غصبته مني او سرقته مني
او اجرته او وهبته او تصدقت به او انه قبضه لان دعوى الملك المطلق كان ينبغي دعوى هذه الاشياء واقام البينة عليه
لا يندفع الخصومة عن ذي اليد وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة وان ادعى الفعل على غير ذي اليد بان قال غصبه
فلان مع قوله دعوى الملك على ذي اليد فلا يندفع الخصومة كما اذا قال سرق مني وبرهن وقال ذو اليد اودعنيه
زيد لا يندفع عنه الخصومة استحسانا ولو ادعى ذو اليد وديعة من زيد فقال المدعي كان زيد اودعه عندك ثم ملكه

حلف ذو اليد بالله ما تملكه فلو حلف فليس بخصم والا فخصم وان قال شهوده لا نعرف من اودعه لم يندفع الخصومة
عن ذي اليد لاحتمال ان يكون المودع هو المدعي ويدخل فيه المؤجر والراهن والمعير لان اليد في الكل يد وديعة ولو شهدوا
على اقرار المدعي انه اودعه رجل لا نعرفه يندفع كما لو اقر المدعي عيانا ان رجلا دفعه اليه كذا في البزازية واعلم ان ذا اليد
لو ادعى هذه الافعال على المدعي واثبتها بالبينة يندفع الخصومة عنه وان ادعى المدعي هذه الافعال على ذي اليد واثبتها
بالبينة لا يندفع الخصومة عنه فكانه يدعي الملك مطلقا عليه فيقبل بينته عليه بعد اندفاع دعواه بالوديعة عن ملك لان
دعوى الفعل يصح على غير ذي اليد كما يصح على ذي اليد وهذا يصح الدعوى على الغاصب وعلى غاصب الغاصب وان لم يكن العين
في يدهما او بيد احدهما منه ... فهمت من البزازية ولان دعوى الملك لا يصح الا على المالك او على نائبه ولو قال الشهود نعرفه
بوجهه اي المودع لو رأيناه دون نسبه فهي اي الخصومة مندفعة عند ابي حنيفة رحمه الله لان القضاء لا يقع على الغائب
ليشترط العلم باسمه ونسبه انما يقضي على المدعي بالدفع عن ذي اليد وهما معلومان وقد اثبت ببينة انه ليس بخصم
لهذا المدعي حتى لو عاين الحاكم دفع الغائب اليه يندفع كما يندفع باقراره دفع اليه وخالفه ابو يوسف لابي حنيفة رحمه الله
وقال لا يندفع الخصومة ان كان المدعي عليه معروفا بالحيلة لانه قد يأخذ الانسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من
يريد السفر حتى يودعه عند الشاهدين فاذا طلب المالك يقيم ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه فيندفع الخصومة
فيبطل حقه واما اذا كان صالحا مستدينا غير معروف بالحيل يندفع الخصومة ثم هذه البينة انما تقبل بشرطين احدهما
مختلف فيه والآخر متفق عليه اما الاول فهو ان ذا اليد ان لا يكون معروفا باحتيال وتزوير فهذا شرط عند ابي
يوسف رحمه الله واما الثاني فان مدعي الايداع من معروف شهدت شهوده كذلك والمعرفة ثلثة انواع معرفة بالوجه بان
والنسب ومعروف الاسم والنسب ومعرفة بالوجه لا الاسم والنسب فلو عرف شهود المودع باسمه ونسبه وقالوا نعرفه بوجهه
يندفع الخصومة ولو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل واختلف فيه المشايخ رحمهم الله قيل يندفع
وقيل لا مطلقا اي لقول محمد رحمه الله فانه قال لا يندفع معروفا كان بالحيل اولا وانما يندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل
المودع باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده فلا يندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعرفة
بالوجه لا يكون معرفة حتى من حلف لا يعرف بوجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه
اصلا فهذه المسئلة تسمى مخمسة لانها خمسة مسائل وفيها خمسة اقوال ثلثة منها مذكورة في المتن والرابعة لابن
ابي ليلى يندفع الخصومة بمجرد القول بانه وديعة وان لم يقم البينة على الوديعة لانه ثبت الملك بمجرد اقراره لمن عنده
حفظ والخامس ان عند ابن شبرمة انها لا يندفع وان اقام البينة وهو قول من الشافعي رحمه الله لانها انما تندفع عنه
بعد اثبات الملك بغيره وهو لا يقدر عليه لانه لا ولاية له على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه وان قال ذو اليد
ابتعته منه اي من الغائب كان خصما لانه اعترف بان يده يد ملك او قال المدعي ابتعته من فلان اي اشتريته وقال

ذو اليد اودعنيه فلان او سرقه او غصبه من فلان اندفعت الخصومة بغير بينة وكذا لو برهن ان هذا الثوب غصبه مني زيد
وقال ذو اليد اودعنيه زيد ذلك يندفع الخصومة بلا بينة بخلاف ما لو قال هذا الثوب سرق مني زيد وقال ذو اليد اودعنيه
زيد ذلك لا يندفع الخصومة استحسانا كذا في الجامع الفصولين لانهما اتفقا على ان اصل الملك في المدعي لغيره افلا يكون ذو اليد
خصما الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكلا بقبضه لانه اثبت البينة انه احق بالامساك منه هذا اذا قال اودعنيه فلان ولو قال
اودعنيه وكيل فلان فلا يندفع الخصومة الا ببينة لان المدعي ينكر دخول الشيء من جهة وكيله وذو اليد ينكر وصوله اليه من جهته
من اشترى منه او قال المدعي سرق مني هذا الشيء وقال ذو اليد اودعنيه فلان واقام بينة كان خصما وحكم محمد رحمه الله
بسقوطها اي الخصومة من ذي اليد وهو القياس لانه لم يدع عليه السرقة بل ادعاه على المجهول فلا يعتبر فبقي دعوى
الملك وهو ليس بخصم وقالا وهو الاستحسان لا يسقط لان هذا بمنزلة دعوى السرقة على ذي اليد لان الفعل يستدعي فاعلا
والظاهر انه ذو اليد لكن لم يعينه دفعا للحد ولهذا لو قال غصب مني لا تندفع الخصومة بالاجماع لانه لا حد فيه فادعى انه
ملكه وفي بيع غصبه فبرهن ذو اليد انه وديعة قيل يندفع لانه لم يدع الفعل وقيل لا يندفع وهو الصحيح كذا في البزازية
وان ادعى على آخر ان هذا العين التي في يده كانت في يده امس وبرهن على ذلك يأمر ابو يوسف رحمه الله بتسليمها اليه
لان اليد مقصودة كالملك فتقبل البينة عليه ويؤمر بالرفع اليه ثم ادعى على المدعي كما لو اقر انها كانت في يده امس وقالا لا يؤمر
به لان الشهادة قامت على المجهول لان اليد متنوعة الى يد ملك ويد عارية ووديعة وغصب وغير ذلك فبعضها يوجب الاعادة وبعضها
لا فلا يجب الاعادة بالشك على المجهول فلا يصح بخلاف اقرار المدعى عليه باليد لان الاقرار بالمجهول صحيح ويؤمر بالبيان بخلاف الشهادة
به فلا تصح

فصل

فيما يرجح البينة اذا تنازعا اي الخارجان عينا التي هي في يد ثالث وبرهنا قضي بها
بينهما اي بين المدعيين الخارجين نصفين ونحن لا نقرع وقال الشافعي رحمه الله في الجديد وهو قول احمد في رواية يقرع القاضي بينهما
لان القرعة شرعت لتعيين المستحق كما في القسمة وقال الشافعي رحمه الله في القديم ومالك رحمه الله في رواية واحمد رحمه الله في رواية يتهاتران كذا
في العيني ولنا ان العين قابلة للاشتراك فلم يجز ترجيح احدى البينتين فيقضي بينهما نصفين والقرعة لتعيين الاستحقاق في
يكون قمارا وهو حرام وانما يقرع في القسمة لنفي التهمة لا للاستحقاق ولهذا جاز للقاضي التعيين بغير قرعة وايضا وان فقط
لم يحكموا بالعدالة وقال مالك في رواية واحمد في رواية كذا في العيني يرجح احدى البينتين فيقضي بها لان الشهادة تصير حجة بالعدالة
فيكون الاعدل اقوى وعند الشافعي قول كقول الشافعي رحمه الله ولنا ان المقصود وهو الامتناع عن الكذب يحصل لكل منهما فلا ترجيح
باعدلية احديهما ولا ترجيح بكثرة الحجج اي اذا اقام احد المتنازعين شاهدين والآخر اقام اربعة شهود فهما سواء لان الترجيح انما يقع بقوة
في الدليل لا بالكثرة كما عرف في الاصول وعند الشافعي في قول وبعض المالكية يرجح كذا في العيني ونحن نقدم بينة الخارج على بينة
ذي اليد في الملك المطلق اي اذا تنازعا في الملك المطلق واقام الخارج وذو اليد بينة على الملك المطلق واقام الخارج وذو اليد بينة على
الملك المطلق فبينة الخارج اولى عندنا وبينة ذي اليد اولى عند الشافعي وهو قول مالك رحمهما الله كذا في العيني لان بينة ذي اليد

يتقوى باليد فكان اولى بالقبول كما في النتاج ولنا ان بينة الخارج تثبت من كل وجه وبينة ذي اليد تثبت من وجه لان الملك ثابت له
من وجه باليد والبينات تترجح بكثرة الاثبات بخلاف النتاج لان اليد لا يدل عليه فامكن الترجيح ولو ادعى احدهم ثلثه
في بيتهم دار كلها بالنصب منصوب لادعى وادعى الاخر ثلثيها وادعى الاخر نصفها وبرهنوا اي اقام كل واحد منهم بينة على
ما ادعاه فلنسم مدعي الكل زيدا ومدعي الثلثين عمرا ومدعي النصف بكرا فهي اي الدار مقسومة عند ابي حنيفة بطريق المنازعة
اربعة وعشرين للاول اي لزيد خمسة عشر وهي خمسة اثمان الدار ولكل اثنين بثلث فيكون خمسة عشر ولعمرو ربعها اي
ستة ولبكر ثمنها وهي ثلثة بيانه نجعل الدار ستة للاحتياج الى النصف والثلثين واقل مخرجه ستة في يد كل منهم سهمان
شرعا ومعلوم ان بينة كل منهم على ما في يده غير مقبولة لكونه ذا اليد وان بينة الخارج اولى في الملك المطلق فزيد
يدعي كله ويقول الثلث في يدي والثلثان في صاحبي وعمرو يدعي نصفه ويقول حقي في الثلثين ثلث في يدي والثلث الاخر
في يدي صاحبي ونصفه في يد زيد ونصفه في يد بكر فاجتمع زيد وعمرو على ما في يد بكر وتم لزيد نصفها في يده بلا نزاع
وهو سهم من السدس والنصف الاخر وهو سهم بينهما نصفان وقد انكسر عليهما فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في ستة
فصار اثني عشر ويكون كل ثلث اربعة فانقسم بينهما ارباعا ثلثة ارباع لزيد وواحد لبكر ثم اجتمع زيد وبكر على ما في
يد عمرو فهي اربعة هي الثلث من ستة فزيد يدعي كله وبكر يدعي ربعه لانه يقول حقي في النصف وهو ستة وقد اخذ
الثلث وبقي لي سدس من الكل [illegible] سهم في يد عمرو وسهم في يد زيد فثلثة ارباعه وهي ثمانية سلمت لزيد
وتنازعا في واحدة وهو منه ينكسر عليهما فيضرب مخرج النصف في اثني عشر فصار الدار اربعة وعشرين في يد كل منهم ثمانية
فسبعة اثمان لزيد وثمن واحد لبكر ثم اجتمع عمرو وبكر على ما في يد زيد وهي ثمانية اربعة لعمرو وسهمان لبكر وبقي اثنان
بلا نزاع في يده فحصل لزيد مما في يد عمرو ستة ومما في يد بكر سبعة ومما في يده اثنان فصار المجموع خمسة عشر وللثاني ستة
وهي ربع الدار اي حصل لعمرو مما في يد بكر سهمان ومما في يد زيد اربعة وللثالث وهو بكر ثلثة وهي ثمن الدار اي
حصل مما في يد عمرو سهم ومما في يد زيد سهمان وذا ثلثة والفتوى على الاختصار وهو ان يكون من ثمانية خمسة اثمان لزيد
وثمنان لعمرو وثمن واحد لبكر وقالا هي مقسومة فيما بينهم بالعول اي بطريق العول والمضاربة مائة وثمانين بيانه ان
الدار بينهم اثلاثا فزيد وعمرو اجتمعا على ما في يد بكر فزيد يدعي كله وعمرو يدعي نصفه فيؤخذ اقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب ما يدعي
زيد بكله وما يدعي عمرو بنصفه فيجعل له سهم فعالت ما في يد بكر الى ثلثة فيقسم بينهما اثلاثا الثلثان لزيد والثلث لعمرو لان ما اثبته
لزيد ضعف ما اثبته لعمرو ثم اجتمع زيد وبكر على ما في يد عمرو فزيد يدعي كله وبكر يدعي ربعه ومخرج الربع اربعة فيضرب حقه
بربعه فيحصل ربع ايضا وذا بكله فيحصل اربعة فعالت ما في يد عمرو الى خمسة فيقسم بينهما اخماسا اربعة اخماس لزيد وخمسه
لبكر ثم عمرو وبكر اجتمعا على ما في يد زيد فعمرو يدعي نصفه في يد زيد وبكر يدعي ربعه ما في يده والنصف والربع يخرجان من اربعة
وفي المال السعة فربعان لعمرو وربع لبكر وبقي الربع لزيد فحصل ههنا ثلثة وخمسة واربعة فاذا كسر حساب الدار على هذا فوجدنا

متباينة فضربنا الثلثة في الاربعة فصار اثني عشر ثم ضربنا اثني عشر في خمسة فصار ستين ثم ضربنا في اصل المسئلة
وهي ثلثة فصار مائة وثمانين في يد كل واحد منهم ستون فللاول اي لزيد مائة وثلثة لان ربع ما في يده وهو خمسة عشر
سلم له بلا نزاع واخذ من بكر ثلثي ما في يده وهو اربعون ومن عمرو اربعة اخماس وهي ثمانية واربعون فصار المجموع مائة و
ثلثة وللثاني اي لعمرو خمسون لان عمرا ياخذ نصف ما في يد زيد وهو ثلثون وثلث ما في يد بكر وهو عشرون وللثالث اي لبكر
سبعة وعشرون لان بكرا اخذ خمس ما في يد عمرو وهو اثنا عشر وربع ما في يد زيد وهو خمسة عشر فيكون المجموع سبعة وعشرين
لما ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على القسمة بطريق العول في الميراث وقضاء ديون على الميت اذا لم يف تركته ومسئلتنا
شبيهة بذلك في كون الحقوق متعلقة بالمال المتضايق فيها وله طريق المنازعة هي الاصل فلا يعدل عنها الا فيما انعقد
الاجماع عليه ومسئلتنا ليست شبيهة لحقوق الورثة لانها ثابتة في الذمة ولا تضايق فيها وحقوق اصحاب العروض لما كانت
ثابتة على الشيوع ولم يوجد دعوى واحد منهم على شيء معين صارت في معنى الثابت في الذمة ايضا يدعي احدهم كل الدار
وهي شيء معين فمع ثبوت حقه فيها يستحيل ان يثبت حق الاخر فيقسم بالمنازعة وعلى اصل ابي حنيفة قد عرفت فلذا
ضرب لبكر ثمن الدار وهو ثلثة من اربعة وعشرين ولعمرو ثمنان منها وهما ستة ولزيد خمسة اثمان وهي خمسة عشر واذا
قسمت مائة وثمانون على اربعة وعشرين يكون لواحد منها سبعة ونصف فلبكر ثلثة فيضرب في سبعة ونصف يحصل له اثنان
وعشرون ونصف ولعمرو ستة يحصل بضربها في سبعة ونصف خمسة واربعون ولزيد خمسة عشر يحصل بضربها مائة واثني
عشر ونصف وبالاختصار يضربها ثمن في ثمن مائة وثمانين يحصل اثنان وعشرون ونصف ثمنها بعينها وبضرب الثمنين فيها
يحصل خمسة واربعون وبضرب خمسة اثمان يحصل مائة واثني عشر ونصف فاذا اعطي لزيد مائة وثلثة على تخريج الامامين يكون
نصيبه ناقصا عن تخريج الامام الاعظم بتسعة اسهم ونصف سهم خمسة تدخل في نصيب عمرو واربعة ونصف في نصيب بكر وبقي
له مائة وثلثة ونصف لزيد ولعله لم يعتبر النصف لكسر ولو كان الدار في يد غيرهم اي غير المتنازعين فيها وهو خالد مثلا
فقال زيد اشتريت كلها بالف درهم وقال عمرو اشتريت نصفها بستمائة وقال بكر اشتريت نصفها بخمسمائة واقاموا البينة
على كل فهي مقسومة على اثني عشر عند ابي حنيفة بطريق المنازعة بيانه انا نحتاج الى حساب له ثلثان ونصف واقله
ستة فزيد يدعي ستة وعمرو يدعي اربعة وبكر يدعي ثلثة ولا منازعة لهما في سهمين فسلما لزيد فخلى سهمين عن دعوى عمرو وتنازع
زيد وبكر فيه فكان بينهما فانكسر عليهما فضربنا مخرج النصف في ستة فصار اثني عشر للاول وهو زيد الذي يدعي كلها بالف
سبعة لان بكرا لا يدعي اكثر من ثلثة وعمرو لا يدعي اكثر من ستة فسلم لزيد اربعة وتنازع زيد وعمرو في سهمين فلكل منهما سهم وبقيت
ستة فاستوت منازعتهم فيها فلكل منهم سهمان فاذا اصاب لزيد سبعة مرة واربعة ودرهم وسهم ومرة سهمان وهي من اثني عشر
نصف وذلك ثلثة اسداس فكل منها سهمان ونصف سدس وهو سهم فعلى هذا من الالف الذي هو الثمن بعد ما اصابه خمسمائة وثلثة وثلثون وثلث
درهما وثلث درهم لانه اذا قسم الالف على اثني عشر يصيب لكل واحد منها ثلثة وثمانون درهما وثلث درهم فصار ما اصاب سبعة

وثلثة وثمانون درهما وربع للثاني ثلثة وهو عمرو والذى يدعى شراء الثلثين بستمائة ثلثة من اثنى عشر لانه اصاب لم
سهم وبربع سهمان وذلك الربع ونصف سدس فعليه من تسعمائة مائتان وخمسون درهما وذلك ربع الالف باز الدار بربع
وللثالث وهو بكر الذى يدعى شراء النصف بخمسمائة سهمان وهو سدس من اثنى عشر فعليه مائة وخمسون درهما لانه اشترى
ثلثي بستمائة ويكون مجموعهما بتسعمائة فاذا قسمت تسعمائة على اثنى عشر يصيب لكل واحد منها خمسة وسبعون درهما فعلى هذا
يحصل سهمان مائة وخمسون درهما وجعلها نصيبه بالنسبة الى الالف خطاء وقالا الدار مقسومة بطريق العول على ثلثة عشر
لان مدعي زيد كل الدار وهي ستة ومدعي عمرو نصفها وهي ثلثة ومدعي بكر ثلثاها وهو اربعة فاذا اجتمعت يكون ثلثة
عشر فيخرج من القسمة ستة وسبعون واثنى عشر جزءا من ثلثة عشر فيكون لزيد من الالف اربعمائة واحد وستون درهما
وسبعة اجزاء من ثلثة عشر جزء درهم وعلى عمرو نصفه وذلك مائتان وثلثون وعشرة اجزاء من ثلثة عشر جزءا من درهم
واما بيان ما على بكر فيقسم على تسعمائة على ثلثة عشر لانه ادعى شراء الثلثين بستمائة فقد ادعى بان الجميع تسعمائة
فيخرج من القسمة على عمرو [illegible] اثنان وستون درهما وسبعة اجزاء من ثلثة عشر جزءا لانا اذا قسمنا تسعمائة على ثلثة
عشر يصيب على كل واحد منها خمسة وستون درهما وخمسة اجزاء وثلثا جزء فاربعة منها يكون مائتين وثلثين
درهما وسبعة اجزاء من ثلثة عشر جزءا فينقص نصيبه وعشرين جزءا لعشرة منها تزاد على نصيب عمرو مع زيادة ثلثة في
نصيبها بالعول وتزاد لواحد وعشرين جزءا منها على نصيب بكر فصار له ثلثة مع زيادة ثلثة بعولها في نصيبها او ادعى
احد اثنين فاقام البينة على شراء الكل ويدعى الاخر واقام البينة على نصفها فله اى لزيد ثلثة ارباع وللاخر
الربع الاخر اى لبكر الربع عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة لان البكر لا ينازع زيدا في نصفها فسلم له
فاستوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف بينهما فحصل لزيد ثلثة ارباعها ولبكر ربعها والمجموع اربعة وقالا الدار
بينهما اثلاثا بطريق العول وهو قول مالك في رواية وعند الشافعي رحمه الله في قول بما ترى لان الدار جعلت سهمين لان مدعي
بكر نصفها او دعا زيد كلها فله سهمان وله سهم فيعول الى الثلثة ولو كان الدار في المسئلة السابقة في يدهما فلم للاول
نصفها بقضاء لان زيدا خارج في النصف الذى في يد بكر فتقبل بينة ونصفها سلم له بغيره اى بغير قضاء القاضي
لان بكرا لا يدعيه وعند الثلثة يقسم الدار في ايديهما كذا في العيون واذا تنازعا في ساحة فلاحدهما عشرة بيوت وللاخر بيت واحد
فالساحة مشتركة بينهما نصفان لاستوائهما في المرور كذا في التنزيل او ادعى كل منهما ان زيدا باعه ملكه من صاحبه
اي من المدعيين والثمن مختلفا اى لو كان دار في يد رجل خارج عمرو وانها ملكه باعها زيد من بكر بمائة دينار وادعى بكر انها ملكه
زيد باعها من عمرو بالف درهم وبرهنا يقضى بها ابو يوسف رحمه الله بالدار بينهما ملكا بغير بيع ولا شئ من الثمن لان البينتين على
البيع تعارضتا فسقطتا فبقي دعوى الملك المطلق فقبلتا فيحكم محمد رحمه الله بكل الدار وبيع لكل منهما اى من المدعيين
نصفها بنصفه اى نصف الدار بنصف الثمن لان العمل بالبينات واجب بقدر الامكان وهنا ممكن بهذا الوجه فلا تهاتر

او ادعى اثنان نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة انها نعجته لم يقض بواحدة من البينتين لان النكاح لا تقبل الشركة
ويرجع الى تصديقها فيكون لمن تصدقه منهما لان النكاح كالحكم بتصادق الزوجين وكذا لو اقرت بان نكاح احدهما
اسبق الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لانه دليل على سبق عقده الا ان
يقيم الاخر بينة انه زوجها قبله فيكون هو اولى لان الصريح فوق الدلالة ولو انفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد و
اقام البينة وقضى بها ثم ادعى اخر واقام بينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء بالبينة الاولى صحيح فلا ينقض بما هو مثله
بل ما هو دونه لعدم اتصال القضاء بالثانية الا ان البينة الثانية ارخت تاريخا اسبق من الاولى المحكوم بها لانه ظهر الخطا
في الاولى بيقين او ادعى كل منهما اى من الخارجين انه اشترى هذا العبد من اخر اى من ذى اليد بلا تاريخ وبرهنا
خير كل منهما لان عقده كان على الكل فتعين الى النصف فيتخير وعند الشافعي رحمه الله في قول يقرع وهو قول احمد رحمه الله وعن
الشافعي تهاترتا ويرجع الى التصديق البائع كذا في العيون فان شاء اخذ نصفه اى نصف العبد بنصف الثمن والا ترك فان
قضي بينهما اى حكم القاضي بالعبد بين المدعيين فقال احدهما لا اختار الشراء بل اختار الفسخ لم يأخذ الاخر جميعه لان البيع
انفسخ في نصف بينة صاحبه فلا يكون له اخذه بعد الانفساخ واما قبل القضاء فله ان يأخذ جميعه لانه اثبت انه اشترى
الكل ولم يفسخ المزاحمة بالقضاء وكما ان احد الشفيعين لو اسلم قبل القضاء فللاخر ان يأخذ كل المبيع ولو سلم بعد القضاء فليس
له ان يأخذ الا النصف لانه لا ينفسخ انما يصير للمزاحمة بضرورة القضاء بينهما فان وقت احدهما اى ذكر احد المدعيين وقتا
وتاريخا للملك بالشراء منه قدم صاحب التاريخ بالاجماع الا في قول الشافعي واحمد رحمهما الله فانهما جعلاه سواء كذا في العيون
او وقتا اى ذكر كل منهما وقتا قدم الاسبق تاريخا بالاجماع لانه اثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه المنازع وقال الشافعي في
قول جعل بينهما كذا في العيون لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه او اهملا اى لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض اى
والحال ان العين في يد احدهما قدم ذو اليد لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه حملا على الصلاح او ادعى
احدهما شراء والاخر هبة وقبضا ولم يوقتا كلاهما من شخص معين واقام البينة ولا تاريخ معهما قدم الشراء لكونه اقوى
لانه معاوضة من الجانبين وثبت الملك بنفسه او ادعى احدهما الشراء اى شراء عين من رجل وادعت امرأة انه تزوجها على
ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين وبرهنا يحكم ابو يوسف رحمه الله بينهما لان سبب كل منهما عقد معاوضة وثبت الملك بنفسه
فينصف بينهما لاستوائهما في السبب لان الشراء وان كان اقوى من جهة كونه مبادلة المال بالمال والنكاح اقوى منه في جهة
اخرى وهو لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الشراء ولا تنصيف في المهر جائز قبل القبض بخلاف المشترى او يحكم ابو يوسف
لها اى للمرأة بنصف القيمة اى بنصف قيمة العين او ادعى رهنا وقبضا بالعين مع الزوج تتميما للمهر لان المستحق ظهر
في نصفه ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن ان كان نقده وقدم محمد رحمه الله الشراء وجعل العين المتنازع فيها للمشترى وحكم
لها بكمالها اى يحكم محمد رحمه الله للمرأة بكمال قيمة العين لانه لو اثبتناها في المدعى يبطل تمسك كل منهما واذا قدم الشراء

يكون الكل للمشتري ثم يصير الرجل متزوجا للمراة بكمال قيمة العين فيصح التسمية فيجب قيمته وهذا اولى لان فيه عملا با
لحجتين او ادعى احدهما رهنا وقبضا من ذي اليد وادعى الاخر منه هبة وقبضا وبرهنا ولم يكن مع احدهما تاريخ فالرهن
اولى استحسانا وكان القياس ان يكون الهبة اولى وهو قول الثلثة كذا في العيون لانه تثبت بها الملك والرهن لا
والبينة المثبتة للزيادة اولى وجه الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة عند ذي اليد فالمضمون اقوى فيكون اولى
اذا لم يكن الهبة مشروطا بعوض وان كانت فالهبة اولى بالاجماع لانها في معنى البيع انتهى وان برهن الخارج على الملك
المطلق الذي في يد اخر والتاريخ قدم اسبقهما لانه اثبت في وقت لا ينازع فيه او ادعى كل منهما على الشراء من رجل اخر
غير الذي يدعيه صاحبه الشراء منه وذكرا تاريخا سواء كان تاريخ احدهما اقدم او لم يكن كانا سواء لان كل واحد منهما
يثبت الملك المطلق لبايعه فصار كانه حضر البايعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر احدهما تاريخا دون الاخر
لانه لا يترجح احدهما دون الاخر لانه لا يترجح بالتقدم فكيف يترجح احدهما بالاحتمال وفي الذخيرة لو قال المدعي هذا الملك
غاب عني منذ شهر واقام المدعى عليه بينة على انه منذ سنة في يده يقضى للمدعي ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه لان التاريخ
غيبة للمدعي عن يده لا تاريخ ملكه وكان دعوى في الملك المطلق خالية عن التاريخ وتاريخ ذي اليد غير معتبر حالة
الانفراد فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج وان اقام الخارج البينة
على ملك مورخ اي يذكر فيه تاريخا واقام ذو اليد بينة على ملك اقدم من تاريخ الخارج كان بينة ذي اليد اولى لانه
اسبق ولو لم يورخا او ارخ احدهما او استوى تاريخهما كان بينة الخارج اولى لان بينته تثبت غير الظاهر والبينات
للاثبات هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وابتغى محمد وعن محمد رحمه الله انه رجع عن ذلك وترجح الاخر لان البينتين
على الملك المطلق دون جهة فكان التقدم والتاخر فيه سواء ووجه قولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن دفع دعوى الخارج
فان الملك اذا ثبت لواحد في وقت فثبوته بعد ذلك الوقت لغيره بذلك الشخص يستلزم التلقي منه وبينة ذي اليد مقبولة
على الدفع وعلى هذا الخلاف اذا كان المدعي في ايديهما كذا ذكره المصنف شرحا او اقام كل من الخارج وذي اليد بينة
على النتاج قدم ذي اليد وهذا هو الصحيح لما روي انه عليه السلام قضى لذي اليد على الخارج بعدما اقاما البينة على النتاج
وذكر عيسى بن ابان قال البينتين تهاترتا وترك المدعى في يد ذي اليد بغير قضاء قال ابو بكر الرازي وهذا القائل يدعي للخارج
على ذي اليد فعلا وهو انه قال يدعي انه غصب مني او اودعه عنده او اعاره منه وبرهن على ما ادعاه وبرهن ذو اليد على النتاج
فالخارج اولى لانه اكثر اثباتا لانه تثبت الفعل على ذي اليد وقد ذكر في المختصر اختلاف بين محمد وصاحبيه رحمهم الله اي قال
المدعي سرق مني لا يدفع الخصومة عنه وكان خصما ويدفع عنه كما في الغصب مني ولم يوجد هذا الاختلاف هنا والظاهر
ان نفي الملك يحصل للمدعي بدعوى النتاج وبعد اثباته لا يقام معه هذه الدعوى ولا تندفع وفي المختصر يكفي وكان ادعى
لا يبطال يد الوديعة بخلاف ابطال ملك النتاج فانها لا تنعدم على ذلك او ادعى احدهما واقام بينة على الملك واقام الاخر بينة

على النتاج قدم هذا اي صاحب النتاج سواء كان خارجا او ذا اليد لانه يثبت اولوية الملك وبعد لا يملكه غيره الا بالتلقي
من جهته وفي قاضيخان ان ذا المقضي عليه بنتاج وبملك مطلق اذا برهن على النتاج او على التلقي من المدعي تقبل وفي العمدة
ادعى ذو اليد نتاجا ايضا ولم يبرهن حتى حكم بها للمدعي بالنتاج ثم برهن ذو اليد المدعى على النتاج قبل ينتقض الحكم وقيل لا
بينه باتصال الحكم وان قضى لصاحب اليد بالنتاج ثم اقام ثالث بينة على النتاج يقضى له الا ان يعيده والنتاج واقام البينة
عليه لان الثالث لم يكن مقضيا عليه بتلك القضية كذا في الذخيرة وفي البزازية اراد المشتري ان يرجع الى بايعه بعد الاستحقاق
منه بطريقه فبرهن البايع انه كان نتج عنده وان الاستحقاق كان باطلا والمستحق غايب فعند محمد رحمه الله هو اختيار
الاسلام يقبل لان الرجوع بالثمن امر يحصل للمشتري فاكتفي بحضوره واختار صاحب المنظومة والعلبادي وشيخ الاسلام
قول الثاني وهو عدم القبول بلا حضور المستحق وهو الظاهر الاشبه وفي موضع اخر منها فان قال بايعه البايع
للحمار او العبد للمستحق نتج في ملك البايع الاول وليس له الرجوع وبرهن تقبل لان يحضر المستحق والحمار او العبد قال
لا يشترط حضرة الحمار وفي جامع الفصولين وشرط حضرة المستحق عند محمد رحمه الله ونقل عن كتاب الاحكام المختار
شرطا واقام بينة على نسج لا يعاد اي اقام احدهما بينة على الملك المطلق واقام الاخر بينة على نسج هذا الثوب في ملكي وكان
المنسوج من غزل الكتان او القطن او على سبب الملك لا يتكرر كما اذا حلب هذا اللبن في ملكي قدم بينته لانه يكون في حكم
النتاج هذا اذا قال نسج في ملكي ولو قال نسج عندي كان الخارج اولى لان الانسان قد ينسج ثوب غيره ولو ادعى نسجا
يعاد كالخز فانه اذا بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج او ادعى سببا يتكرر كالبناء والغرس تقدم بينة الخارج
كالنتاج لاحتمال ان ينسج احدهما ثم غصبه الاخر ونقضه ثم نسجه فيكون بمنزلة دعوى الملك المطلق فيها بينة الخارج
اولى وكذا الحكم في البناء والغرس وان اشكل عليهم ذلك قضي به للخارج لان اصل المنازعة في ملك الارض والنخل
تابع لها حتى يدخل في بيع الارض بلا ذكر او اقام كل منهما من الخارجين بينة على النتاج عنده كما اذا قال كل منهما نتجت
هذه الدابة في ملكي واقام بينة ووقتا اي الخارجين وسن الدابة يوافق احد الوقتين حكم به اي بملك من يوافق سنها
تاريخه بشهادة الحال وان اشكل اي لم يوافق سن الدابة كانت بينهما لاستوائهما او خالفهما سن الدابة الوقتين
ولم يوافق شيئا منهما بطلت البينات وتترك في يد ذي اليد كذا في الايضاح وذكر المبسوط من اجاب
بهذا والاصح ما قال محمد رحمه الله وهو ان يكون الدابة بينهما لانه اسقط اعتبار ذكر الوقت ينظر الى مقصودهما اثبات
الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بها بينهما نصفين كذا في الكفاية او اقام الخارج بينة على الملك المطلق
واقام ذو اليد بينة على الشراء منه اي من الخارج قدم الشراء لان بينته تثبت ان الملك انتقل اليه من الخارج فلا تنافي
بينهما او اقام كل منهما بينة على الشراء من صاحبه اي اشترى الخارج من ذي اليد الذي هو في يده الاول واقام ذو اليد بينة
على انه شراه من الخارج ولم يوقتا تهاترتا اي بطلت البينات سواء شهدوا بالقبض او لا وترك المدعى في يد ذي اليد

لان جعل كل منهما مشتريا وبايعا في ساعة واحدة محال ولا دلالة على السبق ولا ترجيح لاحدهما فتهاترتا وترجح محمد رحمه الله
ذا اليد ان برهنا على القبض لان العمل بالبينة واجب ما امكن وههنا يمكن بان باعها ذو اليد وكانها اليه الا اي لم يثبتا
البينة على القبض فالخارج اي يرجح محمد رحمه الله الخارج لان ذا اليد دليل على سبقه فيجعل ذو اليد مشتريا من الخارج
اولا ثم باعها من الخارج فيؤمر بتسليمها اليه لا بالعكس لان شراء الخارج لو جعل اولا لم يصح لان البيع قبل القبض
لا يصح وان كان في العقار عنده وان ادعيا عينا في يد اخر ميراثا اي يدعي كل منهما انه ورثه من ابيه او ملكا مطلقا او نتاجا
اي الخارجان فهو لاسبقهما عند ابي حنيفة رحمه الله ولو لم يورخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان بالاجماع وتاريخ
احدهما لغو اي ان ارخ احدهما دون الاخر فلا عبرة به عند ابي حنيفة رحمه الله بل يقضي بينهما نصفين لاحتمال ان يكون تاريخ
الاخر مقدما او مؤخرا او مساويا فيجعل مقارنا رعاية للاحتمالات وحكم ابو يوسف رحمه الله للمؤرخ بالملك ولو
كان في يديهما او في يد احدهما او في يد غيرهما لان المؤرخ يثبت الملك في ذلك الوقت وغير المؤرخ مشكوك فلا يعارضه
في قول الاخر وكان ابو يوسف رحمه الله اولا يقول لا عبرة للتاريخ سواء ارخا او ارخ احدهما ثم رجع عنه ووافق الامام فيما
اذا ارخا وخالفه فيما اذا ارخ احدهما والغى محمد رحمه الله التاريخ في الارث مطلقا سواء ارخا او ارخ احدهما دون الاخر وجعل
بينهما نصفين ولا يسبق تاريخ احدهما لانهما لم يدعيا الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثيهما ولا تاريخ لملك المورثين
قضاء وحكم محمد رحمه الله لاسبقهما في الملك في دعوى الملك المطلق وان ارخا وللساكت عنه ان ارخ احدهما فان كانت
العين المدعى بها في يد ثالث حكم محمد رحمه الله للساكت عن التاريخ لان المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ المطلق والساكت
يثبته من الاصل ولهذا يستحق الزوايد فيكون الساكت اولى لكونه اسبق تاريخا فنفى له هذا كما لو كان الخارجين وان كان
العين في يديهما او في يد احدهما الغاه محمد رحمه الله التاريخ مطلقا سواء ادعيا ملكا او ميراثا ارخا او ارخ احدهما
وجعل الدار بينهما نصفين اذا كانت في ايديهما لتساويهما في اليد وجعلها للخارج اذا كانت في يد احدهما وقالا انه
لا يلغى بل الحكم بها اذا كانت في ايديهما او في يد احدهما كالحكم فيما لو كان في يد ثالث ووافق محمد رحمه الله الامام في رواية
رواية ابي حفص عنه وقال ان قوله مثل قول ابي حنيفة رحمه الله في الميراث والملك المطلق جميعا لان البينتين لما قامتا على الملك
المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك استويا في التقدم والتأخر فيقضي للخارج ولنا ان البينة مع التاريخ تنفي
ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره الا بالتلقي من جهته وهو
لم يدفع ذلك فالحاصل ان المسألة على قسمين لانهما يدعيان ارثا او ملكا مطلقا وكل واحد منهما على ثلثة اقسام لانه اما
ان يكون العين في يد الخارج او في ايديهما او في يد احدهما فذلك ستة اقسام ثم كل واحد على اربعة اقسام لانه اما
لم يورخا او ارخا على السواء او ارخا وقتين مختلفين او ارخ احدهما وسكت الاخر فذلك اربعة وعشرون لكن النص
لم يذكر ما اذا ارخا على السواء وما اذا سكتا فيه عن التاريخ لعدم الخلاف فيهما فبقي الاختلاف في اثني عشر وجها ولو تنازعا

٢٠٠

دابة او قميصا احدهما راكبا او لابسه ولا بينة لهما كان اولى من متعلق بلجامها او كمه بالاجماع لان تصرفهما اثبت بتصرف
الملاك ولو كان احدهما راكبا والاخر رديفه فالراكب اولى ولو تساويا في الركوب يكون بينهما ولو كان احدهما متعلقا بلجامها
والاخر بذنبها فمتمسك اللجام اولى ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان لان الجلوس
ليس بيد له ولهذا لا يصير غاصبا بالقعود على البساط وبالركوب للبعير غاصبا وصاحب الحمل احق من غيره بالاجماع
او تنازعا حايطا او خصا بضم الخاء المعجمة جدارا يتخذ من القصب ولا شيء من احدهما والحال ان الرجا اي وجه الحائط
والقمط بكسر القاف حبل يشد به الخص للداريه عقد القمط الى احدهما فهو بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله لان الحائط
والخص يكون بينهما نصفان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقضي لمن اليه الرجا والقمط اي وجه الحائط ومعقد القمط
فالعرف لقوله كاتصال الحائط المملوك من السفل الى اعلاه لان الظاهر يشهد له والمراد من الرجا الوجه الذي فيه النقوش
وانما التخصيص والتطيين لو كان الى احدهما لا يقضى له بالاجماع للاصل النقل مع البناء كذا في الحقايق ولانهما
يتساويان في اليد والدعوى فيتساويان في القضاء والقمط فيتعذر في جانب الملك ويجعل في جانب الجار فلا
يكون مرجحا وكذا وجه الحائط فيجعل في مراي الناس ويجعل لتزيين فلا يكون مرجحا وكل من صاحب علو وسفل ممنوع
عن هدم النقض فيه اي في ملكه بان يتدا وينقب كوة او نحوهما فيه احتمال الضرر الا باذن صاحب الاخر اي باذن صاحب
العلو عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا العكس ليس لصاحب علو ان يبني عليه بيتا لان حق كل منهما متعلق بملك الاخر فلا يجوز
تصرف احدهما بدون اذن الاخر كما في الشريكين لاحتمال الضرر في المنع لان المستحق على صاحب السفل لا شيء بعينه
لصاحب العلو فلا يجوز الزيادة على ذلك قليلا كان او كثيرا واجازاه ان لم يضر بضرر ظاهر او لا يمنع عنه باحتمال
الضرر وكان ابو بكر الخوارزمي يفتي على قولهما في المسئلتين ولو ادعى خمسة دنانير فقال الخصم ادفيكم فشهدا انه دفع
اليه خمسة دنانير الا انا لا ندري من اي جهة دفعها من هذا الدين او من اخر يقبل وبه هو الصحيح وقيل لا يقبل
كذا في الفصولين **فصل** واذا كان تركة من ميت في يد رجل فجاء احد الزوجين عن الميت فطلب
نصيبه من التركة فصدقه ذو اليد انه لم يعترف بزوجيته يأمر ابو يوسف رحمه الله باقل النصيبين اي اذا كان المدعي
الطالب هو الزوج يعطيه الربع وان كان هو الزوجة يعطيها الثمن لان الاقل متيقن والزيادة عليه مشكوك لاحتمال
وجود ولد للميت فيعطى المتيقن ويوقف المشكوك لا اكثرهما خلافا لقول محمد رحمه الله فانه قال يعطى كلا منهما اكثر النصيبين لان سبب
الاستحقاق ثابت بتصادقهما والمزاحم منتف ظاهرا فلا ينقص نصيبه لامر موهوم ولو اثبت الزوجية بان شهد وقالا
لا نعلم وارثا اخر فله اكثر النصيبين بالاجماع ولو كان المدعي الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن يدفع القاضي المال
كله اليه وان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ لا يدفع المال اليه ولو كان ممن لا يحجب لكن يختلف نصيبه كالزوج والزوجة فهو
مسئلة المتن ولا يشترط ابو يوسف رحمه الله ذكر الميراث اي لفظه شهد شاهدان ان هذه الدار كانت لابي فلان او جده

وهذا ابنه او لانه ابن فقضى له بالميراث عنده لان المدعى لما اثبت ان الدار كانت لمورثه تبقى على استصحاب الحال
الى يوم موته فينتقل اليه وقالا لا يقضى حتى يجيب الميراث الى الابن فيقولا مات الوارث وتركها ميراثا
له او يقولا كانت لابيه والدار في يده يوم الموت لانه يدعى الملك لنفسه وهما شهدا بالملك لغيره فلابد من اثباتهما
الملك له بالجرحة ليوافق الشهادة الدعوى والاستصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق والمدعى انه ابن هذا الميت
اذا لم يقل شهوده لا نعلم وارثا غيره اى اذا ادعى رجل انه ابن هذا الميت ووارثه واقام بينة على ذلك فقال
شهدا انه ابن هذا الميت علم يقولوا لا نعلم وارثا غيره حتى يتلوم القاضى زمانا ان يدفع المال اليه فلم يظهر وارث
دفع المال اليه لا يؤخذ منه كفيلا عند ابى حنيفة رحمه الله بل يدفع القاضى بالمال اليه وقالا يؤخذ منه كفيلا احتياطا
لاحتمال ان يظهر وارث آخر فيتضرر كما يؤخذ كفيل فى دفع اعطاء النفقة من مال الغايب لامرأته وله ان حق
الحاضر ثابت قطعا فلا يؤخر لامر موهوم فكيف يؤخذ منه كفيل والمكفول له مجهول بخلاف نفقة زوجة الغايب
لان لمعلوم ولو برهن ان هذه الدار التى فى يد غيره ميراث له ولاخيه الغايب لا وارث لهما غيرهما فالقاضى يحكم له
بحصة الغايب مع ذى اليد اى فى يد ذى اليد عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان انكر فعل ذو اليد ما ادعاه وضعت
الحصة فى يد عدل لان بانكاره صار خائنا فلا يترك فى يده نصيب الغايب نظرا له وله ان ذا اليد امين فلا ينزع
من يده نصيب الغايب لاحتمال ان يكون راضيا بخلاف ينزع بالشك وجحوده الوديعة بغيبة المالك نوع صيانة فلا يكون
خيانة ولو وضع المسئلة فى المنقول ينزع من يده بالاجماع وقيل الخلاف فيهما سواء ثم الغايب اذا حضر الآخر
انه لا يكلف اعادة البينة لينزع النصف من يده كذا فى الحقايق **فصل** فى دعوى النسب ولو ادعى ولد جارية
باعها وقد اتت به اى بالولد لاقل من ستة اشهر من حين البيع يثبت منه اى من البايع نسب الولد استحسانا
لحصول اليقين ان العلوق فى ملكه والظاهر عدم الزنا فقبل دعوته مستندا الى العلوق لان امر النسب خفى فقد
المراد ان العلوق لينفى ثم يظهر له انه منه وكان القياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله والثلثة لان الدعوى
باطلة لان اقدامه على البيع اعتراف بان المبيع على العبودية فكان فى دعواه متناقضا وكانت الجارية ام ولده
وفسخ البيع لان بيعها غير جايز ورد الثمن لانه مقبوض بغير حق ويقدم على دعوى المشترى اى اذا ادعى مع البايع
دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانه اسبق لاستناده الى وقت العلوق ولو ادعى المشترى قبل دعوة
ثبت النسب من المشترى ويكون اولويته ويحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها ولو اتت به اى الجارية المبيعة
بالولد لاكثر من سنتين من حين البيع لم يصح دعواه اى دعوى البايع لعدم اتصال العلوق بملكه يقينا وهو
الظاهر انه هو ولو ادعى لاكثر من ستة واقل من سنتين من يوم باعها احتمال العلوق بملكه فلم يقم الحجة فافتقر
الحال الى التصديق ثم اذا صدقه ثبت نسبه منه وبطل البيع والولد حر وامه ام ولده كما فى المسئلة السابقة لقصاده

الجارية ملكه

واحتمال العلوق فى ملكه وان صدقه المشترى دعوى البايع يثبت نسبه منه وحمل ان البايع استولدها
بالنكاح بعد البيع ودخولها فى ملك المشترى حملا للامر على الصلاح وان كذبه المشترى لا يثبت النسب منه
ولا ينفسخ البيع لان وقوعه فى ملكه غير معلوم ويكون المشترى فيكون الولد عبدا للمشترى لان الولد
ولد من ملك الغير فيتبع الام فى الرقبة وان ادعاه اى البايع ولد الجارية المبيعة بعد موته اى بعد موت الولد
وقد اتت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد اى لا تصير الجارية ام ولد البايع لان الولد بعد موته لم يثبت
نسبه لعدم احتياجه اليه فلم يستغن بها من حريته او بعد موتها اى موت الجارية ان ادعى البايع ان الولد له
وقد اتت به لاقل من ستة اشهر او ادعى عتقها اى عتق الام فى ملكه يثبت منه نسبه وياخذه البايع الولد من
المشترى بالاجماع ولو اعتق المشترى الولد دون الام لم يصح دعوة البايع لان المشترى استحق ولاء الولد بالا
الاعتاق وانه بمنزلة النسب فلا يمكن ابطاله ولو ثبت نسبه من المشترى لا يصح دعوة البايع فكذا هذا قال
مشايخنا رحمهم الله اذا اشترى عبدا وخاف ان يدعى البايع نسبه يقال للبايع انت تقر انه ابن فلان حتى لا يصح
دعواه بعده وعليه اى على البايع رد كل الثمن الى المشترى عند ابى حنيفة رحمه الله لانه باع ام ولده ولم ينفسخ البيع فيهما لما
هو العتق او الموت وهى غير متقومة عنده فلا يسلم لها بازائها شىء فيرد جميعها وقالا لا يرد حصته اى حصة الولد
من الثمن ولا يرد حصة الام لانها متقومة عندهما فيقسم الثمن على قيمتها يوم القبض وقيمة الولد يوم الولادة
فما اصابه يسقط عن البايع ويسلم له بازائها من الثمن او عتقها فيرد حصة الولد هذا الخلاف فى صورة عتقها
هو الذى اختاره صاحب الهداية وصحح وهو مخالف لما ذكره فى المبسوط من انه لا يرد حصتها بالاتفاق وفرق بين الموت
والعتق بان البايع لم يصر مكذبا شرعا فيما زعم انها ام ولد فيرد جميع الثمن عنده وفى الاعتاق صار مكذبا لان
لان القاضى كذبه وجعلها معتقة المشترى ولم ينفسخ البيع فاذا لم يبطل البيع فى الجارية فكيف يسترد جميع الثمن كذا
فى التبيين والكافى ولو باعها المشترى فاستولدها المشترى الثانى فاستحقت فضمنت قيمة الولد ورجع بها
وبالثمن اى رجع المشترى الثانى بقيمة الولد وثمن الجارية على بايعه وهو المشترى الاول فبايعه الثانى وهو
المشترى الاول لا يرجع على البايع الاول الا بالثمن الاول عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع به وقيمته اى يرجع بالثمن
وقيمة الولد على البايع الاول لان رجوع المشترى الثانى كان لاجل الغرور وهذا المعنى موجود فى المشترى الاول ايضا
فيرجع على البايع الاول كما يرجع بثمنها ولو رد بعيبها وله ان البايع الاول ضمن سلامة الولد للمشترى الاول
ولم يضمن سلامته للمشترى الثانى لان البيع الثانى يضاف الى البايع الثانى لمباشرته باختياره فينقطع نسبته
الى الاول بخلاف الثمن والرد بالعيب لانه ضمن سلامة المبيع فلم توجد ولو اشترى امرأته المنكوحة ثم اعتقها ثم اتت بولد لا
كثر من ستة اشهر منذ شراها اى من وقت شرائها لا يثبته ابو يوسف النسب منه الا بدعوة لان النكاح ارتفع

بملك اليمين وبقى فراش الامة وهو ضعيف يحتاج الى الدعوة لان الوطى الحلال لا يفضى فيه بالعلوق من ابعد الاوقات
بل من اقربها بدون الدعوة لحصول الملك بخلاف الوطى الحرام فيفضى فيه بالعلوق الى سنتين واثبته محمد رحمه الله النسب
الى سنتين بدونها اى بدون الدعوة لان العدة وجبت عليها بارتفاع النكاح لكن ملكها لم يظهر بسبب ملك اليمين
فلم يندفع عن الوطى وان كانت حبلى لانه معتدة غير مقرة بانقضاء عدتها ولهذا لا يحل لزوجها غيره قبل
انقضاء العدة لانه لازم لزوال الطلاق فيثبت النسب من زوجها الى سنتين ولو باعها امرأة له الامة التى
اشتراها من آخر بعد النكاح باذنه ثم اشتراها فاتت به كذلك اى ولد لاكثر من ستة اشهر منذ باعها لا
يثبت ابو يوسف رحمه الله النسب من البايع الاول وان ادعاه الا بتصديق المشترى لان العلوق لو قدر
انه حصل فى ملكه يثبت النسب بحكم النكاح بدون الدعوة بشرط التصديق فقط وبطل الشراء لكن لا يمكن
ابطاله لتعلق حق المشترى فاذا صدقه رضى به فيثبت النسب بالنكاح وشرط محمد رحمه الله لثبوت النسب من
البايع دعوته مع تصديق المشترى لان حمل العلوق فى ملك النكاح كان ممكنا فى المسئلة السابقة لظهور
العدة فى حقه بالاعتاق وهنا فوجب الحمل على العلوق فى ملك اليمين فلا يثبت النسب بدون الدعوة ولو ادعى
البايع وقال هو ولدى ولد مبيعة وقد قبضها المشترى فاتت بولد ادعاه البايع انه هو ولدى وبرهن
على بيعها منذ شهر فبرهن المشترى على اكثر من ستة اشهر اى ادعى المشترى وقال البايع بعتها لاكثر من ستة اشهر فيكون
الولد لى واقام البينة على ادعائه يحكم ابو يوسف رحمه الله به اى للمشترى بالولد ويترجح بينته لانها تثبت زيادة المدة اى
لمدعى قول البايع لا للبايع نفى لقول محمد رحمه الله فانه قال يحكم للبايع لانه هو المدعى والمشترى هو المنكر فيرجح بينته
لانها تثبت نقض البيع ولو لم يبرهن المشترى على ادعائه كان القول لقوله بالاجماع لانه منكر وللمنعى اليها زوجها
اى المراة التى اخبرت بموت زوجها اذا اعتدت وتزوجت بزوج واتت بولد فجاء الزوج الاول حيا فهو الولد
للاول عند ابى حنيفة رحمه الله مطلقا سواء اتت به لاقل من ستة اشهر او اكثر لان النكاح الاول صحيح والثانى فاسد
فاعتبار الصحيح اولى ولكن اى للزوج الثانى فى رواية وعليها الفتوى ذكره حسام فى الواقعات لانه هو المتفرش حقيقة
فالولد للفراش الحقيقى وان كان فاسدا لقوله عليه السلام الولد للفراش اى لصاحب الفراش ويجعل ابو يوسف رحمه الله
للاول ان اتت به لاقل من ستة اشهر من حين العقد اى عقد النكاح الثانى لتيقننا ان العلوق من الاول وان
كان اكثر من ستة اشهر فالولد للثانى حكم به ذلك الولد للاول لو كان من حين ابتداء الثانى بالوطى الى الولادة اقل من
سنتين وان كان اكثر منهما فهو للثانى لانا تيقنا انه ليس من الاول لان النكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه
اولى بالاعتبار والمرأة ترد الى الاول بالاجماع وعلى هذا الخلاف لو غابت امراة فتزوجها رجل من اهل الحرب فولدت
اولادا وكذا لو ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت باخر والزوج حاضر كذا فى المحيط ولو ولدت مكاتبة من الشريكين

الذين كاتباها فاتت بولد من احدهما فادعاه فنصيبه ام ولده ولها الخيار ان عجزت نفسها فكلها ام ولد له ويضمن المستولد
لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها او لا اى وان لم يعجز نفسها اخذت العقر ومضت على الكتابة فاذا ادت بدل الكتابة
عتقت فالولاء لهما عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا كلها ام ولد وكلها مكاتبة لذلك المستولد بكل الولد ويغرم نصف قيمتها
لشريكه ونصف عقرها ايضا لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما فيجب تكميله ما امكن وقد امكن التكميل هنا بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ ولذا انفسخت الكتابة عادت مكاتبة للمدعى لان امتناع الفسخ يحق المكاتبة وهى لا ترضى
بالفسخ على هذا الوجه لما فيه من النفع الظاهر فينفسخ وقيل بالعجز صارت ام ولد للاول وانتقل اليه فسخ الكتابة
له ان الاستيلاد يتجزى فيقتصر امومية الولد على نصيبه لان الكتابة لا يقبل النقل من ملك الى ملك كالتدبير
فلو كاتب مدبرة فجاءت بولد فادعاه احدهما يصير نصيبه ام ولد له ويبقى نصيب الاخر مدبرا بالاجماع فكذا هذا او الجواب عن قولهما
ينفسخ الكتابة لتكميل الاستيلاد انا قلنا الملك للمستولد فى فصل الامة انما يثبت فى نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد
وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يبنى عليه ضرورة اخرى ولو قلنا هنا بذلك افضى الى ترتيب ضرورة فسخ
الكتابة على ضرورة الاستيلاد وانه غير جائز لان اثبات امر يأباه الدليل لضرورة امر آخر يأباه الدليل ممتنع فى الامة
المشتركة لو اتت بولد فادعيا ثبت منهما نسبه عند ابى حنيفة رحمه الله لتساويهم فى العلة وهو الاشتباه وسبب
الحاجة الى من يربيه ويثبت نسبه من اثنين منهم عند ابى حنيفة رحمه الله لان الولد انما يكون من ماء واحد حقيقة و
انما اثبتناه من اثنين بحديث عمر رضى الله عنه هو ابنهما يرثانه ولا نص فى الزائد منهما فجريناه على الاصل فيما عدا لهما الى ثلثة
نفى لقول محمد رحمه الله فانه قال لا يثبت من ثلثة فى هذه الصورة لانه قريب من اثنين او ادعى مسلم وذمى فى الامة
المشتركة بينهما لو اتت بولد او ادعى ابوه ابن فى ولد جارية مشتركة بينهما الخ جعلناه للمسلم لكونه مصلحة الولد
وثبوت النسب منه حتى لو كان عبدا والاخر كافرا فالولد للكافر والاب لانه تمليكا فى الاسلام من وجه ولهذا
لو ادعى ولد جارية ابنه ثبت نسبه منه ولكن ذلك الابن لانه نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يثبت النسب منهما لاستوائهما فى
الاستحقاق كما فى المسلمين ولو برهن كل من اثنين ان هذا العبد الذى فى يد ثالث له ولد فى ملكه من عبده قال
كان العبد لهما بالاجماع لاستوائهما ونسبه ثابت من الابوين اى من العبدين والامتين معا عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا لا يثبت النسب من العبدين ولا يثبت من الامتين لان ولادة ولد واحد من امرأتين محال بخلاف الرجلين لان
الاختلاط مائهما فى رحم ولهما ممكن وله ان النسب ثبت من العبدين بالشهادة فيثبت من الامتين ايضا لاستوائهما
فى الاستحقاق ولا استحالة فى ثبوت احكام نسب ولد من امرأتين وانما المحال ولادته منهما ولو ادعى مولى الامة
ثلثة اولاد فى بطون بان كان بين ولدين ستة اشهر ولا زوج لها الاكبر بالنصب مفعول ادعى اى ادعى نسب
الاكبر الولد دون الاخرين ثبت نسبه اى نسب الاكبر وحده لا الاخرين نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يثبت نسب الكل منه لانها صارت

ام ولد لمن زوال العلوق بموته ولا حاجة في الاخريين الى الدعوة لانهما ولدا ام ولد ولنا ان استناد الدعوة انما يثبت
في حق الاكبر دون حقهما لانهما منفصلان عن الام وقت الدعوة والانفصال مانع عن الاستناد وقال احدهم ولدي
ثلثة اولاد الذين ولدت من الامة في بطون مختلفة ومات المدعي مجهلا اي قبل البيان فعتقت الام بغير سعاية ولما
الاولاد فعتق كل من اي عتق ثلث كل واحد من الاولاد الثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله لان ثبوت النسب في المجهول متعذر
فجعل كلامه مجازا عن التحرير وعليه السعاية في باقيه اي سعى كل منهم في ثلثي قيمته وفي قول محمد رحمه الله ثلث الاول اي يعتق ثلث الاول
ونصف الثاني فيسعى كل منهما في باقيه ويعتق كل الثالث لان العتق عليهم متنزل بناء على العلوق باعتبار الاحوال فان اراد
المدعي باحدهم الاول عتق جميعا لان الثاني والثالث صارا ولدي ام ولد وان اراد به الثاني عتق هو والثالث دون
الاكبر فان اراد به الثالث عتق هو وحده فالاول يعتق في حال ولا يعتق في حالين فيعتق ثلثه والثاني يعتق في حالين
ولا يعتق في حال فيعتق نصفه لان اصابة العتق حالة واحدة والشيء اذا ثبت بسبب لا يكون ثابتا بسبب آخر والحالة
حالة [illegible] فينصف بينهما باعتبارين فينصف نصفه والثالث يعتق في كل حال فيعتق كله ويوافق ابو يوسف محمدا رحمه الله
في الاخيرين اي في الثاني والثالث اي يعتق الثاني ويعتق كل الثالث وهو ظاهر المذهب ويعتق نصف الاول في رواية عن
ابي يوسف رحمه الله لانه جعل الحوال حالة واحدة ولو ولدت المبانة المعتدة ولدين في بطن احدهما بالنصف بدل الكل
بدل البعض من الكل لاقل من سنتين من وقت الابانة وولدت الاخر لاكثر منها اي من سنتين وبين الولادتين اقل
من ستة اشهر فنفاهما الزوج اثبت محمد رحمه الله نفيهما اي يصح نفي نسبهما ولا يثبت منه فلا يحد الزوج لان الولد الثاني
من وطء قبل الابانة لتجاوزه اكثر من الحمل فاذا لم يثبت علم ثبت الاول تبعا فلم ينعكس لاجل عدم ثبوت نسب الثاني علم
وموقوف حاله [illegible] لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين ثبت نسب الاول ثبت نسب الثاني والنفي قوي
وهما ابنتا نسبهما فلا يصح النفي ويحد الزوج لانه قذف محصنة لان نسب الاول يثبت عند ولادته لعدم المانع ويثبت نسب الثاني
تبعا لكن باع جارية فولدت عند المشتري ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر من وقت البيع والاخر لاكثر منها وبين الولادتين
اقل من ستة اشهر ليكونا توأمين ثم ادعى البائع الاول ثبت نسبهما من غير تصديق المشتري لكونهما توأمين ولو ولدتهما
لاقل من سنتين ثبت نسبهما بالاجماع وان نفى احدهما الزوج او نفاهما لحد بالاجماع لانه قذف محصنة ولو ولدتهما لاكثر
من سنتين لا يثبت نسبهما ما لم يدع الزوج فان نفى احدهما او كلاهما لا يحد بالاجماع لان نسب غير ثابت ولو ادعى عبد
زوجته امة منه [illegible] لعبد لقيطا بانه ولده من زوجته وصدقه المولى ثبت نسبه ويحكم ابو يوسف رحمه الله برقه
اي بانه عبد لمولاها تبعا لها وحكم محمد رحمه الله بحريته بان اللقيط حر بالاصالة ولا يبطل حريته الثابت بالاصالة بتصادق
العبد ومولاها

كتاب الشهادات

وهي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن ظن وحسبان
وهي مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة واليه اشار النبي عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وبهذا فسر في الشرع

باخبار عن عيان بلفظ الشهادة بمجلس القاضي وقيل مشتقة من الشهود بمعنى الحضور بقول الرجل شهدت مجلس فلان
اي حضرته قال الله تعالى وهم على ما يفعلون شهود ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة في الاحكام لانه خبر محتمل للصدق
والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد والاثنين لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا
للعلم ولكنا تركنا القياس بالنصوص الواردة التي امر الحكام بالعمل بالشهادة ومن ذلك قوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى اثنان ذوا عدل منكم فالحاصل ان المقصود منها حصول علم القاضي بغالب ظنه
جهة الصدق راجحة على جهة الكذب اذا كانت الشهود عدولا لان عقلهم ودينهم يزجرهم عن الكذب في العصيان ولا يأثم(?)
للرجل ان يحترز عن الشهادة اذا وجد غيره للاشهاد وان لم يوجد لا يسعه الامتناع وان تحمل ثم طلب منه الاداء
كان في صك جماعة ممن تقبل شهادتهم يسعه ان يمتنع وان لم يكن سواه او كان وهو اسرع شهادة قبولا لا يسعه
الامتناع منه لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وقوله عليه السلام كاتم الشهادة في الحق
كشاهد الزور ولان فيه تضييع حق الغير يفترض اداؤها بطلب المدعي لان اداءها حق له فيتوقف على طلبه وانما افترض
لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته كما في التبيين هذا اذا
كان قريبا من القاضي واما اذا كان بعيدا يعود اكثر من نصف يوم لا يأثم لانه لحقه الضرر وان كان [illegible] يقدر على المشي
فاركبه المدعي من عنده لا تقبل شهادته وان كان لا يقدر فاركبه لا بأس به وفي الينابيع لو اكلوا طعامه في الطريق قبلت
عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يقبل وقال الفقيه ان كان الطعام لم يهيئه لهم لكن عنده طعام متهيئ فاكلوا قبلت شهادتهم
والا فلا ويخير الشاهد بين الاداء والستر في الحدود لان في كل منهما حسنا من وجه ويفضل الستر لقوله عليه السلام
من ستر على مسلم عيبا ستر الله في الدنيا والآخرة فيقول الشاهد في السرقة اي في شهادتها اخذ بالاجماع ليحيي حق المسروق
منه لا سرق لئلا يقطع به رعاية الستر ولا يثبت الزنا الا باربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولا يثبت الحدود والقصاص الا برجلين فلا يسمع فيهما شهادة النساء
لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص
لان في شهادتهن شبهة البدلية من شهادة الرجال فلا تسمع فيما يندرئ بالشبهات وانما قلنا شبهة البدلية لان الثابت لو كان
حقيقة البدلية كما في الشهادة على الشهادة لم يجز شهادة رجل وامرأتين مع وجود رجلين ولا يدل قوله فان لم يكونا رجلين
فرجل وامرأتان على حقيقة البدلية لان معناه ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل
لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن مع وجودهم معتبرة عندهم وتسمع فيما عداهما اي عدا الزنا والحدود
شهادة رجل وامرأتين ونحن لا نقيده اي قبول شهادتهن بالمال في الحقوق المالية بل تقبل ايضا [illegible]
شهادتهن مقصورة على الحقوق المالية وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لان الاصل ان لا تقبل شهادتهن وانما قبلت في

في النكاح والطلاق

في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار على وجه الضرورة لكثرة وقوعها ولنا ما روى عمر رضي الله عنه شهادة النساء مع الرجال
في النكاح والفرقة وتقبل لان توابعها فيما لا ... اي لا اطلاع للرجال عليه كالبكارة والولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط
اربع منهن لان كل امراتين تقومان مقام رجل ولنا ما روى عن حذيفة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اجاز شهادة القابلة على الولادة
وايضا وان في عهد الله لا يعتبر اثنتين من النساء فيما لا يطلع عليه الرجال وقال مالك رحمه الله يشترط اثنتان عدلتان وهو
قول احمد رحمه الله في رواية كذا في المبسوط لان المعتبر في الشهادة شيئان الذكورة والعدد فاذا تعذر الذكورة بقي العدد ولنا
ما روى حذيفة رضي الله عنه من قوله عليه السلام شهادة القابلة فيكفي الواحدة عندنا وهو قول احمد رحمه الله كذا في المبسوط وشهادتهن
على الاستهلال وهو ما يعرف به حياة الولد من صوت وحركة عضو مقبولة عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الارث وقالا تقبل
لانها لما قبلت في حق الصلاة بالاجماع وهي من احكام الاحياء تقبل فيما سواها وهو الارث وله ان الارث من باب الالزام
وهو لا يثبت الا بحجة تامة وشهادتهن ناقصة فلا يثبت كما لم يثبت الرضاع بها بخلاف الصلاة لعدم الالزام وشرط
محمد رحمه الله في ترجمة لغة الشاهد بفتح الجيم تفسير الكلام باللغة الاخرى لقاض لم يعرف القاضي او المدعي او المدعى عليه وشرط
محمد رحمه الله ايضا في تزكية السر اي تزكية الشاهد سرا عدد البينة لان الترجمة والتزكية في معنى الشهادة فيشترط فيهما
ما يشترط في الشهادة وفي تزكية العلانية العدد شرط بالاجماع واكتفيا بثقة اي بعدل واحد رجلا كان او امراة او العبد لان
في الشهادة ثابت على خلاف القياس فلا يتعدى الى ما ليس بالشهادة من وجه ولهذا شرطنا العدالة والاسلام والحرية
والبلوغ في الترجمة والمزكي وليس بشهادة حقيقة ولهذا لا يشترط فيهما لفظ الشهادة ومجلس القضاء ويجوز ابو يوسف
تلقين الشهود اي كيفية اداء الشهادة بان يقول كما تسمع منه اشهد بكذا ولا يقول اشهد بكذا ما لم تسمع منه كذا
في الحقائق لان مهابة مجلس القاضي قد يمنع الشاهد من اظهار لفظ الشهادة فتلقينه بذكره احياء للحق في غير الحدود
لانها تندرئ بالشبهة وقالا لا يجوز لان التلقين اعانة لاحد الخصمين فيجب اجتنابه نفيا للتهمة وتلقين المدعي غير جائز
بالاجماع ويشترط العدالة في الشاهد لانها يرجح جانب صدقه ولان قبول شهادة الواحد والاثنين بخلاف القياس فيجب
رعاية جميع اوصاف النص الوارد في حقه وهو قوله تعالى فاستشهدوا وذوي عدل منكم وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا
امر بالتبيين والتثبت في خبر الفاسق والفاسق اذا تاب تقبل شهادته اذا ظهر اثر التوبة في وجهه وقيل لا يقبل
ما لم يمض عليه بعد التوبة ستة اشهر وقيل سنة كذا في النوازل ويشترط لفظ الشهادة لانها من الفاظ اليمين وهي اشد
دلالة على الامتناع من الكذب فلو قال الشاهد مكان اشهد اعلم او اتيقن لا يسمع واقتصر القاضي على ظاهر العدالة
ويسمع شهادته عند ابي حنيفة رحمه الله ولهذا لم يسأل القاضي عن الشهود عنده اذا لم يطعن الخصم وان كان فاسقا في
نفس الامر لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض ومثل ذلك روي عن عمر رضي الله عنه في المكتوب الذي كتب الى ابي موسى
الاشعري فان الطعن الخصم يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه عن ان يجازف في الطعن المحرم فللتعارض وجب على القاضي ان يسأل

عن الشهود فلم يقض بشهادتهم حتى يثبت عدالتهم بالتزكية فلو حكم بشهادتهم قبل ثبوت عدالتهم بعد الطعن لا يجوز حكمه
كذا ذكر صدر الشريعة وقاضي خان في شرح الجامع الصغير ويجب ان يحمل مراد من قال يجوز الحكم بشهادة الفاسق حتى لو قضى قيل
وكلم صحيح حكما اي يجوز اذا لم يطعن الخصم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا كان الفاسق وجيها عند الناس ذا مروءة يقبل شهادته
لانه لا يستاجر لوجاهته ولا يكذب لمروءته ولا يحل للقاضي ان يتكلم فسقه لانه هتك الستر وانه لا يجوز لكن للقاضي ان يسأله
يسكت عن قبول شهادته كذا في النوازل ولا يسأل القاضي عن الشاهد عند ابي حنيفة رحمه الله اكتفاء بظاهر العدالة الا
فيما يندرئ بالشبهة فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم وقالا يسأل القاضي سرا وعلانية في الكل لان
القضاء مبني على شهادتهم فلا بد من معرفة حالهم حقيقة والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قيل هذا اختلاف زمان
فان ابا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث المشهود له بالخير كما قال عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم
ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل ان يستشهد ويحلف قبل ان يستحلف وهما في القرن الرابع بعدما تغير احوال الناس و
فشا الكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه ويفتى بقولهما لان الفساد والزور فشا في اكثر اهله ويشهد لهما
وان اكتفى القاضي بتحرز عن الفتنة في تزكية العلانية بان يرى بتزكية السر بان يكتب في رقعة باسم الشاهد ونسبه
وحليته ويبعثها الى السوق ان كان سوقيا والى محلته ان عرف فسقه يكتب ... الورقة تحرزا عن الهتك الا ان عدله
غيره وخاف ان يحكم بشهادته فيصرح بفسقه فيصرح جاز لان الشوكة في هذا الزمان لاهل الشر والطغيان
وللمزكي خاف عن الاعلان بالبيان ويقول المزكي هو عدل جائز الشهادة وانما اضاف الى قوله عدل كونه جائز الشهادة
لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا ولا يجوز شهادته وقيل يقول هم عدول وقيل يقول لا اعلم منهم
الا خيرا وقيل يقول هم عندي مرضي القول جائز الشهادة والاول هو الصحيح هكذا ذكره السرخسي لان في تزكية
من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عنهما ... حاله
واما اذا لم يعرف سكت لئلا يكون اخباره عن جهل ولو عرف فسقه ... يسقط شهادته اسكت عن الافصاح لانه هتك
الستر وانه حرام ولكن يقول الله اعلم انه مجروح او لا كذا في النوازل ويجوز ان يشهد بكل ما سمعه الا ان يكون من وراء
الحجاب فلا يجوز ان يشهد عليه لان الصوت يشبه الصوت فلو علم انه ليس من وراء الا واحد معين جاز له ان يشهد على ما سمع
او ابصره من الحقوق كالغصب والقتل ونحوهما والعقود كالهبة والبيع ونحوهما من غير اشهاد لان الاداء وجب عليه بسبب
علمه لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويقول اشهد ولا يقول اشهدني لانه يكون كاذبا الا الاشهاد على الشهادة
فلا يجوز حتى يقول اشهدني حتى اذا سمع يشهد شاهدا لم يجز له ان يشهد على شهادته ما لم يشهده لان الشهادة لا يثبت
الحكم بنفسها وانما يثبت بالنقل الى مجلس القاضي ولا يشهد ما لم يعاينه الا النسب والموت والدخول والعقد للزوج بزوجته
لانه يتعلق به احكام معروفة من نسب وميراث وعدة واحصان والنكاح وعن محمد رحمه الله قوم خرجوا من بيت رجل فاخبروا من الخارج

ان فلانة زوجت على كذا ليس المهر يسع للخارجين ان يشهدوا ان المهر كذا ولو قالوا سمعنا الذين شهدوا يقولون
ان المهر كذا لا يقبل كذا في جامع الفصولين وولاية القاضي فانه يجوز استحسانا دفعا للحرج والتباس لانه لا يجوز لان
لانه مشتغل من المشاهدة اذا اخبره من يثق به ويشترط في اخباره من يثق به ان يكون رجلين او رجل وامرأتين
والعدد والعدالة شرط ايضا ولفظ الشهادة اقيم في هذه الشهادة مقام الخبر من جماعة لا يتوهم تواطئهم على الكذب
في اثبات الشهرة حكما واعتبارا ولا يشترط في الموت لانه قد يتفق في موضع لا يحضره الا الواحد فلو لم يثبت الشهرة
بالواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت وكذا لم يشترط لفظ الشهادة في الموت بل يكتفي بمجرد الاخبار ولو قال
نشهد ان فلانا مات اخبرنا به من يشهد بموته ممن يوثق تقبل في الاصح وقيل لا يقبل كذا في جامع الفصولين وفرقوا
بين هذه الامور والموت ان الموت قد يتفق في موضع لا يكون فيه الا الواحد بخلاف غيره هذا لو كان الميت رجلا
مشهورا او معروفا بان كان عالما او من العمال اما لو كان تاجرا او من هو مثله لا يجوز الشهادة به الا بعيان كذا ذكره
الاسترشني مسئلة عجيبة لا رواية وهي انه لو لم يعاين الموت الا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي به وحده
قالوا يخبر به عدلا مثله فاذا سمع منه حل له ان يشهد بموته فيشهدان فيقضي به ولو جاء خبر موت رجل من
ارض اخرى وصنع اهله ما يصنع على الميت لم يسع احدا ان يشهد بموته الا من شهد موته لان مثل هذا الخبر
قد يكون كذبا وعند بعد المسافة يغلب ذلك فلا يعتمد عليه حتى يخبره ثقة ممن يعاينه وانما يعتمد على الخبر
لو لم يكن متهما فيه بان لم يكن من ورثته ولا موصى له والا فلا يعتمد على خبره لانه يجر به نفعا الى نفسه فيكون كفاسق ولو
شهد بموته عدل او امرأة عدلة يشهدان بموته ويجوز الشهادة بالتسامع اذا سمع من المحدودين في القذف
او من نسوان او عبيد لو كان صدقهم ظاهرا او لا مانع لجواز الشهادة عند التسامع الا ان يسمع ممن هو اهل للشهادة
ولو سمع من الصبيان لم يجز ان يشهد لانه لا يعتمد على قولهم وهذا في حق الصبي كلامه لا يعتبر اما لو كان الصبي مميزا
فيجوز ان يشهد اذا اخبره ولو شهد رجل بموته واخر بحيوته فالمرأة تؤخذ بقول من كان عدلا منهما ولو كانا عدلين
تاخذ بقول من يخبر بموته لانه يثبت العارض كذا في جامع الفصولين وانما كفى التسامع في هذه الاشياء لان الكلية مما لا
يطلع عليها الا الخواص فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لادى الى حرج كثير بخلاف البيع والهبة ونحوهما لان الخاص
والعام يحضره ثم انه ينبغي ان لا يفسر انه يشهد بالتسامع حتى لو فسر لا يسمع شهادته والاقتصار بهذه الاشياء
ينفي جوازه في غيره لكن المختار في اصل الوقف قول محمد رحمه الله في انه يجوز بالتسامع وهو قول الشافعي رحمه الله واختار بعض
المتأخرون كذا في البزازية ولو شهدا بالوقف وصرحا بالتسامع تقبل كذا في جامع الفصولين لكن لا بد فيه من بيان جهته
بان وقف على هذا المسجد او نحوه حتى لو لم يبينها لا يسمع كذا في العيون ويجوز الشهادة في اصل الوقف بالاجماع الا في
رواية عن مالك رحمه الله وبعض اصحاب الشافعي رحمه الله وفي المحيط لا يقبل الشهادة على الولاء بالتسامع عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله

اخرا تقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الولاء بمنزلة النسب فاذا راى الشاهد في يد اي في يد غيره شيئا غير عبد
وامة كبيرين لا يعرفون قيمتهما اي كونهما رقيقين شهد له به اي بالملك ان في يده لانه لا دليل للشاهد على الملك سوى اليد فلا تتنوع
ولو منع الشهادة باليد لانسد بابها لان الوقوف على حقيقة الملك متعذر من غير تعيين بانه شهد بالرؤية ولو فسر
لا يسمع والشهادة في غير العبد والامة انما تصح اذا عرف الملك بحدوده وراه في يد رجل يعرف باسمه ونسبه او سمع انه في يد
فلان بن فلان ولكن لا يعرفه كما لو ادعى ابو حنيفة رحمه الله في يد غيره جاز له الشهادة بالملك الاول اذا ادعاه وليس اثبات الملك بالتسامع
وانما هو اثبات اليد بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به ولا يجوز الشهادة في غيرها في الصورتين كذا في التبيين ولما استثنى
العبد والامة الكبيرين لان الشهادة بملك رقيتهما في اليد لا يجوز لان لهما يدا على انفسهما حتى لو ادعى الحرية الاصلية كان القول
قولهما فلا يثبت لغيرهما يد عليهما في الحقيقة حتى تعتبر ويشهد بها على الملك بخلاف الصغيرين الذين لا يعبران عن انفسهما فلا يد لهما
فصار كسائر الاموال الجارية الشهادة برقيتهما في اليد ولو كانا معروفين بالرقية جازت الشهادة برقيتهما في اليد

فصل

فيمن تقبل شهادته وفيمن لا تقبل ونحن نرد شهادة الاعمى مطلقا سواء كان فيما يسمع او لا هو قبولها اي قبول شهادة
الاعمى فيما سبيله التسامع رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والائمة الثلاثة كذا في العيون لانه يساوي البصير في السماع
ويجيزها ابو يوسف رحمه الله ان تحمل شهادة الاعمى مما لا يحتاج الى الاشارة كالدين والعقار وهو قول زفر والائمة الثلاثة كذا في العيون
في المنقول لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد ان تحملها بصيرا وقالا لا يجوز
لانه يحتاج في ادائها الى التمييز بين الخصمين وهو لا يفرق بينهما الا بالنغمة وهي لا يعتبر لانه يشبه نغمة لغيره فيفوت ما هو
المقصود وهو التمييز بينهما فلا تقبل كما في الحدود والقصاص وله ان العلم حصل له بالعيان وقت التحمل واداء صحيح اذ لا
خلل فيه وتعريف المشهود عليه يحصل بذكر اسمه ونسبه والخلاف فيما لا يجوز الشهادة بالشهرة والتسامع ولا فيه
فيقبل شهادة الاعمى بلا خلاف كذا في الذخيرة ولو عمي بعد الاداء وقبل القضاء امتنع القضاء عندهما وبه قال ابو يوسف
بالقضاء لانها اديت بشرائطها او قبلت فيقضي بها كما لو مات الشاهد بعد الاداء او غاب ولهما ان قيام اهلية الشاهد
شرط وقت القضاء لانها حجة عنده وقد فاتت فلا يقضي بها وصار كما لو جن او خرس او فسق بخلاف الموت لان الاهلية
تستقر به فلا تبطل الشيء بانتهائه يتقرر وبخلاف الغيبة لانها لا تنافي الاهلية ولو قال ولو عمي بعد الاداء يامر بالنقض
لكان اخصر ويعرف خلافها بقوله العلم الشهود ثلاثة انواع شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال كشاهد عدل
وشاهد اهل التحمل ولكن يكون اداؤه بصفة النقصان كشاهد الفاسق حتى لو حكم القاضي يجوز وشاهد اهلية التحمل دون
الاداء كالاعمى والمحدود في قذف حتى ينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم اذا تجاحد احد الزوجين كذا في النوازل ولا تقبل شهادة العبد
بالاجماع الا عند احمد رحمه الله كذا في العيون لان الشهادة من باب الولاية لما فيها من الزام الغير ولا ولاية له لنفسه فاولى ان لا يكون
له ولاية على الغير وكذا الحال في الصغير ولو تحملاها في الرق والصغر وادا بعد العتق والبلوغ جاز بالاجماع واختلف عمر وعثمان رضي الله عنهما

في العبد لو اشهد على جاريته قبل ثم عتق فاداها فقال لا تقبل وقال تقبل فدل على اتفاق منهما انه لا شهادة للعبد كذا في
شرح المطلع ولا الشهادة من الاصل وهو يعم الاب والجد والام والجدة وان علا والفرع يعم الاولاد واولاد الاولاد وان سفلوا
لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده وتقبل شهادة لولده من الرضاع كذا في المحيط وبالعكس اي لا تقبل
شهادة الوالد لولده بالاجماع الا في رواية شاذة عن ابي يوسف فانه تقبل كذا في العيني وروي ان الحسن شهد لعلي رضي الله عنهما مع
قنبر عند شريح رضي الله عنه بدرع له فقال شريح هات شاهدا اخر فقال علي رضي الله عنه اكان الحسن ممن لم تقبل فقال لا ولكن
الحسن قال علي رضي الله عنه اما سمعت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين سيدا شباب اهل الجنة فقال سمعت
ولكن ائت شاهدا اخر فعزله عن القضاء ثم اعاده عليه وزاد في رزقه من بيت المال فنظر علي رضي الله عنه في عدل خصوص الحسن
بالنص ونظر شريح الى الاصل كلي بالنص ثم رجع علي رضي الله عنه الى قاله ولا من المولى لعبده سواء كان مديونا او لا او مكاتبا
لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة المولى لعبده ولا من الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه ويجوز شهادته
فيما عداه ولا من زوجة اي الشهادة من احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمه الله هي مقبولة لان الاملاك بينهما متميزة
ولا اعتبار للنفع الغائب الى الشاهد كما في الغريم لانه لا يد له على المشهود به وتقبل من الاخ لاخيه وعمه لان المنافع
بينهم متباينة غالبا وقال مالك رحمه الله لا تقبل لاخيه ... لا تقبل لو اتصل الصلة كثيرا كذا في العيني وترد الشهادة
من مخنث وهو الذي يتشبه بالنساء عمدا في الاقوال لانه فاسق ولقوله عليه السلام لعن الله المتشبهين من الرجال الا من الزي
في الفاظ لينة او في اعضائه تكسر فذلك مقبول الشهادة ونائحة وهي تنوح في مصيبة غيرها للمال واما التي تنوح
في مصيبتها فلا تسقط عدالتها ومغنية سواء تغنت للناس او لا لان رفع صوتها حرام ومدمن الشرب اي مداوم
شرب الخمر على اللهو وقال الامام السرخسي رحمه الله شرط ان يظهر الادمان للناس بان يخرج سكران فيسخر به الصبيان
واما شارب الخمر سرا فلا يكون ممن لا يكون عدلا ان لم يظهر ذلك وان كثر شربها وكذا مدمن السكر لشرب الملاهي من
ساير الاشربة كذا في التبيين وفي نبيذ مجرد شربه تقبل الا عند مالك والشافعي وما اسكر منها كذا في العيني ولا
من اللاعب من الطيور لانه يرتكب منكرا بالنظر الى العورات في السطوح وغيرها ولا من المغني للناس لانه يجمعهم على الكبيرة
واما المغني لنفسه لازالة الوحشة فلا بأس به فلا يسقط به عدالته لا سيما فيه في الصحيح لما روي ان البراء بن مالك
دخل عليه اخوه انس بن مالك رضي الله عنه وكان يتغنى وكان اكثر زهاد الصحابة رضي الله عنهم فان انشد في تغنيه شعرا فيه وعظ وحكمة
فجائز بالاجماع ومن المشايخ من اجاز الغناء في العرس كما جاز ضرب الدف فيه كذا في التبيين ولا من يرتكب ما يوجب الحد
لان بعض العلماء عرفوا الكبيرة به ومرتكب الكبيرة غير مرضي شهادته ولا من الذي يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام
ولا من ياكل الربوا وشرط في الاصول ان يكون مشهورا به لان عقد الربوا يفيد الملك بعد القبض فلم يكن حراما قبضه
كالصغيرة فشرطنا الادمان فيه ومن ياكل مال اليتيم فمنع عن الشيء بلا اشتراط الادمان لانه حرام محض قال ولا من يقامر بالنرد والشطرنج والنرد

ان يأخذ من صاحبه شيئا في اللعب قالوا انه من غير قمار لقوله عليه السلام ملعون من يلعب بالنرد قال في الهداية وبالشطرنج واللعب با
الشطرنج فليس بفسق لان للاجتهاد فيه مساغا وفي الذخيرة من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال فعلى هذا القيد الخامس
وقع اتفاقا واما اللعب بالشطرنج فمكروه عندنا ومباح عند الشافعي رحمه الله وهو لا يقدح اذا لم يكن فيه قمار وفوت صلوة او حلف كاذب
ولا من يفعل ما يستخف به كالاكل والبول في الطريق لانه يصدر ممن لا مروة له فيصير متهما بارتكاب الكذب قال ولا من يظهر سب
السلف لانه لا يكون ظاهر الفسق وتقبل الشهادة من اهل الاهواء وعند مالك وبعض اصحاب الشافعي رحمهم الله لا تقبل لفسقهم
وعند احمد لا تقبل من ثلثة وهي قدرية وجهمية ورافضة كذا في العيني وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمشبهة
والمعطلة ثم يصير كل واحد منهم اثنى عشر فرقة فبلغ الى اثنين وسبعين وانما تقبل شهادتهم لانهم لو كان من اهل الهوى
لا يكفر به صاحبهم وانما وقعوا في الهوى بالتاويل والتعمق في الدين الا يرى ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا او فسقهم
من حيث الاعتقاد لا يدل على كذبهم بعد الا الخطابية هم صنف من الروافض ينسبون الى ابن الخطاب محمد بن ابي زينب الاجدع
الكوفي وانما لم تقبل شهادتهم لانهم يعتقدون ان الشهادة واجبة لشيعتهم سواء كان صادقا او كاذبا وقيل انهم يشهدون لمن حلف
لهم من المدعي ونحن نقبلها من اهل الذمة فيما بينهم فتقبل شهادة الذمي على مثله وان اختلف ملتهم كاليهود والنصارى
والمجوس لان ملل الكفر واحدة وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة الذمي على الذمي ان كان مثله وهو قول مالك لان الكفر
وهو الرق يخرج من اهلية الشهادة فاصل الكفر اولى ان يخرج من اهلية الشهادة الا انه كان علة واحدة ضرورة ولهذا
لا يتوارثان ولنا ما روي انه رجم يهوديين زنيا بشهادة اربعة منهم وكذا تقبل شهادة الذمي على المستامن وشهادة
المستامن على مثله ان كانا من دار واحدة عندنا واما ان كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبشي لا تقبل بالاجماع لانقطاع
الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان وتقبل الشهادة من العامل المراد به عامل السلطان الذي ياخذ الحقوق الواجبة كالخراج
والجزية ونحوهما لان العمل نفسه ليس بفسق ولهذا كان كبار الصحابة رضي الله عنهم عمالا ... وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال
لغلبة ظلمهم كذا في الكافي ولا تقبل شهادة من يخل بالواجبات كالزكوة ونفقة الاقارب والزوجات والذي لا يصلي جماعة استخفافا
للسنة لانه يخل العدالة كذا في النهاية لو انه يترك لعذر من كبر وخوف ظالم وان ترك لعذر لا يسقط العدالة و
تقبل من الخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة رضي الله عنه وكان خصيا وولد الزنا لان فسق ابويه لا يستلزم فسقه و
تقبل من الخنثى لانه اما رجل او امرأة وشهادة كل منهما مقبولة وان كان مشكلا يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا ومن
غلبت حسناته على سيئاته واجتنب الكبائر ولم يصر على صغيرة ايضا لانه بالاصرار عليها يكون كبيرة قبلت شهادته وان الم
بمعصية فان من للوصل يعني الم اي اذنب ذنبا دون الكبيرة والالمام بالصغيرة لا يقدح في العدالة لان العصمة فيما لو كان
شروطة في العدالة لانسد باب الشهادة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء وفي المحيط من جن ساعة
وافاق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته ولا تسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد كما لو اقام بينة على انه

فاسق او لعذا جرة او اقرانه شارب خمر واذا اقام المدعي البينة على العدالة بالتزكية والتعديل واقام الخصم البينة على
الجرح جارحا مجردا لا يعتبر بينة الجرح وانما قلنا منه انه لو لم يقم البينة على العدالة فاخبر مخبر ان الشهود فساق او اكل
الربوا فان الحكم لا يصح قبل ثبوت العدالة لاحتمال ان المخبر اخبر بان الشهود فساق كذا ذكره الصدر الشهيد وذكر الطحاوي ان ابن
ابي ليلى كان تقبل على جرح مجرد وعلى انهم مستاجرون وشهود الزور وروى عن ابي يوسف انه اخذ بقول ابن ابي ليلى
زور ولا يحكم به لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لانه يرتفع بالتوبة ولعله قد تاب في المجلس فلا يتحقق الالزام وان
اقام المدعى عليه بينة على جرح غير مجرد بان فيه اثبات حق الله تعالى او العبد كالشهادة انهما زنيا او شربا الخمر ولم يتقادم
العهد او قتل النفس عمدا او اخذا الله تقبل وايضا وان الفرع بهم انهم لم تقبل لو شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح
فيما بينهم قبل التفرق وقال مالك رحمه الله تقبل وهو رواية عن احمد رحمه الله كذا في العيون لان شهادتهم لو لم تقبل في موضع لا يحضر
غيرهم لضاع الحقوق وفي غير هذا الموضع لا يقبل بالاجماع ولنا ان الكذب غير محرم عليهم فكيف يثبت غلبة الظن بعدالتهم
ولا من شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه بكذبه متعمدا او شهد بموت رجل فجاء حيا ولو اخطأت منه لا يعزر لان التعزير
لا يجري على الخاطئ يشهر في السوق عند ابي حنيفة رحمه الله فقط ان كان سوقيا او بين قومه ان لم يكن ويقال لهم وجدنا هذا شاهد
زور فاحذروه ولا يعزر عنده وزاد الضرب والحبس ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعزيرا مع التشهير وهو قول الثلثة كذا في
العيون ويقدر بما يراه الامام وحبسه لما روى ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وان من
يطاق به من الضرب ولان التشهير يكفي لدفع الفساد عن العباد فلا يحتاج الى الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول
على السياسة ولهذا سخم وجهه ومن المسائل الكثيرة الوقوع ان الشاهد لو اخر شهادته هل يقبل ام لا اجاب المشايخ
في شهود الحرمة الغليظة بعد ما اخروا شهادتهم خمسة ايام من غير عذر انه لا تقبل لو كانوا عالمين بانهما يعيشان
عيش الازواج وبعض المشايخ رحمهم الله قدروا بستة اشهر باقرار الزوج بالطلقات لا تقبل اذا كانوا عالمين بعيشهم
عيش الازواج وكثيرا ما اجابوا كذلك كذا في القنية

فصل

في الاختلاف في الشهادة ويجب توافق
الشهادة والدعوى بالاجماع لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها والشرط توافقهما
في المعنى من الالفاظ حتى لو ادعى المدعي الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل فلو ادعى ارثا وشراء فشهد الملك مطلق
لغت الشهادة وبعكسه تقبل كذا في العيون واتفاق الشاهدين لفظا ومعنى في قبول شهادتهما شرط عند ابي حنيفة بحيث يذكر كل منهما
ذكر المعنى بالوضع لا التضمن ولا الالتزام حتى لو شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والاخر بالاقرار لا تقبل
وقالا تقبل من غير شرط لفظا فلو شهد هذا بالف وذاك بالفين والحال ان المدعي الصفة بالالفين فهي مردودة عند ابي حنيفة
وقبلتا في الالف وهو قول الثلثة كذا في العيون لانهما اتفقا وانفرد بالفين لانهما اختلفا فصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر
بخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة بالاجماع وعند الثلثة يحلف المدعي فان حلف يستحق الالف الاخرى في الاولى ويستحق الخمسمائة

في الثانية كذا في العيون ولان الالف غير الالفين لفظا ومعنى فلم يتفقا في واحد منهما فلا تقبل كما لو شهد احدهما بالدراهم و
الآخر بالدنانير بخلاف الالف وخمسمائة لانهما دعويان مستقلان عطفت احديهما على الاخرى والشاهدان يشهدان فيتفقا
في احديهما لفظا ومعنى فقبلت اذ شهد هذا بالف وشهد ذاك بالف وخمسمائة والحال ان المدعي يدعي بالاكثر وهو الف و
خمسمائة قبلت شهادتهما بالف بالاجماع لاتفاق الشاهدين على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بخمسمائة ولو كانت
الدعوى بالف وخمسمائة لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب الشاهد بالزيادة الا ان يقول المدعي كان حقي الفا
وخمسمائة وقد استوفيت خمسمائة فح تسمع شهادتهما لحصول التوفيق بين الدعوى والشهادة ولو شهدا بالف
وقال احدهما قضى نصفها قبلت في الالف الا في القضاء اي لا تقبل شهادة من قال قضى خمسمائة لانه منفرد في ذلك
الا ان يشهد معه اخر فيتم البينة على القضاء فتسمع فينبغي ان يمنع الشاهد الذي يعلم القضاء نصفها عنها اي قبض
نصفها لان الشهادة بالالف قبل اقراره يكون اعانة على ظلم المدعى عليه ولو شهد احدهما بنكاح بالف والاخر به اي بالنكاح
بالف وخمسمائة فهي مقبولة عند ابي حنيفة رحمه الله وردها وهو قول الثلثة ويلزمه مهر المثل عندهم جميعا كذا في العيون كالبيع
اي كما هو مثل تلك الشهادة في البيع اذا شهد احدهما انه اشتراه بالف والاخر انه اشتراه بالف وخمسمائة لان العقد
يختلف باختلاف الثمن ولنا ان المقصود الاصلي في النكاح الحل وهما متفقان عليه والمال تابع فلا يقدح بخلاف البيع
لان الثمن فيه مقصود ولهذا لم يصح البيع بلا ثمن وصح النكاح بلا مهر فيكون اختلافهما فيما هو المقصود هنا
واذا شهدت بينة بقتل زيد يوم النحر بمكة وشهدت بينة اخرى به اي بقتل زيد يوم النحر بالكوفة لم تقبلا لان احدى
البينتين كاذبة بيقين ولا ترجيح لاحديهما فان حكم بالسابقة اي حكم القاضي بالبينة الاولى لغت الاخرى اي لا
يسمع البينة الثانية لان الاولى ترجحت باتصال القضاء كما كان لرجل ثوبان احدهما نجس فيتحرى وصلى باحدهما ثم
وقع تحريه على طهارة الاخر لا يعتبر الثاني لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض ولو اقام ذو اليد بينة على بيع داره [illegible]
من فلان بالف في رمضان واقام فلان بينة بعد ما ادعى انه ارتهنها منه اي اخذ تلك الدار من ذي اليد رهنا بخمسمائة في
شوال سمع محمد رحمه الله الرهن اي بينته لان العمل بالبينة واجب ما امكن وهنا يمكن بان يثبت البيع في رمضان ثم يعاد اليه ثم يرهن
في شوال وهما سمعا البيع اي بينته لانها اسبق واكثر اثباتا لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجبه
ولو شهدا برهن وقبض واختلفا في الزمان والمكان ابطلها محمد رحمه الله شهادتهما لان القبض فعل والفعل الواحد
لا يكون في زمانين او مكانين وقالا لا تبطل لان القبض حكم الرهن فيمكن ان يتكرر لان اعادة الرهن بان يرهنا
بان يستعار من المرتهن ثم اعاد المرتهن قبضه فهذا القبض يكون مضمونا كالقبض الاول فلما امكن تكرره لا يختلف
المشهود به باختلاف الزمان والمكان ولو شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جاز الشهادة بالاجماع
ولكن اجزناه معا اي مع اختلاف الشاهدين في زمان البيع او مكانه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الثابت بشهادتهما

فلم يتم نصاب الشهادة على احدهما ولنا ان البيع قول والقول يتكرر فيكون هو لا البيعين واحدا فيتم النصاب
وكذا كل ما هو قول كالطلاق والعتاق والوصية والوكالة والقرض والكفالة والرهن والحوالة اذا اختلف الشاهدان
في زمانه ومكانه يقبل شهادتهما لان القول مما يعاد ويتكرر وكل ما هو فعل كالقتل والغصب والجناية اذا اختلف الشاهدان
في زمانه ومكانه لا تقبل لان الفعل الموجود في زمان غير موجود في زمان آخر وكذا النكاح فانه وان كان قولا لكن الفعل
وهو حضور الشاهدين شرط فيه فصار كحكم الفعل ولو شهد نوليا امة على طلاق زوجها وهي تجحد اي تنكر طلاقها
يقبلها ابو يوسف رحمه الله شهادتهما لانها شهادة عليهما لا لهما وردها محمد رحمه الله لان في تلك الشهادة نفعا لهما وهو تخليصها
عن رق النكاح ولو اشترى ذمي دارا من مسلم فادعاها ذمي ومسلم فاقام بينة على دعواه بشهادة ذميين يقبلها ابو يوسف
في حقه اي تلك الشهادة في حق الذمي دون المسلم فانهما يصلحان شاهدين على الذمي فيقضي بالاستحقاق ويرجع
بالثمن لان القضاء بالاستحقاق لا يكون قضاء للمدعى عليه وهو المشتري بالرجوع بالثمن فيقبل على الكافر دون
المسلم كما لو شهادة ذميين في تركة كافر خلف ابنين فاسلم احدهما تقبل على الكافر دون المسلم والحكم بالاستحقاق
لا يكون حكما بالرجوع بالثمن على البايع ولهذا شرط للقاضي ان يقول حكمت بالاستحقاق وفسخت عقدك وحكمت
برجوع الثمن على البايع ولو كان الحكم بالاستحقاق حكما بالرجوع لما احتاج القاضي الى التصريح به وردها محمد وقال
لا يقبل اصلا لانها قامت على مسلم لانها اظهرت ان المسلم باع ما لا يملكه فلا تقبل بخلاف ما استشهد به لان القضاء
فيه موجب على الكافر الميت ولم يظهر في حق المسلم لان البينة ليست بحجة في حقه نصراني مات وترك ابنين والفي
درهم فاسلم احدهما فاقام شاهدين نصرانيين بدين بمائة اخذ كل المائة من نصيب ابن الكافر لان بينته
حجة في حقه كذا في الاخير في شرح الجامع الفصولين ولو ادعى مسلم انه وكيل فلان بن فلان النصراني في حق كل ما
بالكوفة واحضر رجلا مسلما يدعي عليه حقا للموكل فاقام شاهدين نصرانيين على الوكالة لا تقبل فان احضر غريما نصرانيا
تقبل ويقضي بالوكالة في حق النصراني والمسلم جميعا وهذه الشهادة قامت على الكافر مقصودا فتقبل و
تتضمن اثباتها في حق المسلم كالنصرانيين شهدا على نصراني انه اعتق عبده المسلم تقبل وان كان يتضمن اثبات
حق على مسلم آخر حتى لو قذف مسلم هذا العبد يجب عليه حد القذف لما اقر وكذا لو ادعى المسلم الايصاء اليه من جهة
النصراني واحضر رجلا للنصراني قبله حق والغريم يقر بالدين الا انه ينكر موت النصراني والايصاء فالقياس ان لا تقبل
لانها قامت شهادة الكافر على المسلم وفي الاستحسان تقبل لان المسلمين لا يحضرون اموتهم ووصاياهم وان كان
احضر غريما نصرانيا قضي عليه بالموت والوصاية تكون قضاء في حق كافة الناس على ما امر وكذلك لو ادعى نصرانيا
ادعى ان فلان بن فلان مات وهو مسلم وارث واحضر مال الميت عليه دين وهو ينكر فيشهد نصرانيان على ذلك تقبل استحسانا ولو
احضر نصرانيا عليه للميت دين قضي عليه كان ذلك حكما على كافة الناس كذا في شرح تلخيص الجامع

فصل

في الشهادة على الشهادة يجوز الشهادة على الشهادة وكان القياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لا يجري النيابة فيها
لكن جاز استحسانا لمكان الحاجة اليها لان الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او بعد مسافة ولو لم يجز فيها شهادة
الفرع لضاع الحقوق فيما لا يسقط بالشبهة فلا يجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص فانهما يسقطان بالشبهة
ولهذا لم يجز فيهما شهادة النساء لما فيهما من شبهة البدلية وفي الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية فاولى ان لا يجوز
الشهادة على الشهادة فيهما وعند الثلثة يجوز الشهادة على الشهادة اي يجوز شهادة الفروع كما يجوز شهادة الاصول فيما
يندرئ بالشبهات ايضا عند الشافعي رحمه الله في قول ولهذا رواية ويصح الشهادة على الشهادة من النساء وعند الثلثة لا يصح
كذا في العيون ولا يجوز من واحد على واحد بالاجماع لقول علي رضي الله عنه لا يجوز شهادة رجل الا شهادة رجلين وعند محمد
يجوز شهادة واحد في قول كذا في العيون ويجزئ اثنان على اثنين اي اذا شهد رجلان على شهادة رجل وشهد
هذان الفرعان على شهادة الفرع في هذه الحادثة تقبل وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل بل لا بد ان يكون الشهود الفروع
اربعة لان كل فرعين قام مقام اصل واحد فصار كالمرأتين ولنا ان الفرعين شهدا بحق وهو نقل شهادة الاصل
وشهدا بحق آخر وهو نقل شهادة الاصل الآخر فيشهدا بدين ثم بدين ويقول الشاهد الاصل اشهد على شهادتي اني اشهد
ان فلانا اقر عندي بكذا وهذه شهادة عند الفرع كما يشهد عند القاضي فلا بد منها لينقلها الى مجلس القاضي واشهدك
على نفسي وهذا القول ليس بلازم لان من سمع اقرار غيره يجوز ان يشهد وان لم يشهده ولهذا ترك في الوقاية وبعض المشايخ طولوا
وقالوا يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي وفيه خمس شينات ويقول الفرع اشهد
ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك وفيه
ثمان شينات ويقول الشاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عندي بكذا
وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وفي هذا الاداء خمس شينات والاحسن الاقصر قول ابي جعفر وهو ان يقول اشهد
على شهادتي بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر شينين لا غير ذكره محمد رحمه الله في السير الكبير
وهو مختار الفقهاء لانه ايسر كذا في التبيين ولا يقبل من الفروع الشهادة الا لتعذر حضور الاصول الى مجلس الحكم
بموت او سفر اي بينهم مدة سير سفر او مرض لان الحاجة الى شهادتهم انما يكون عند عجز الاصول وهو انما يتحقق
بهذه الاسباب وعن ابي يوسف رحمه الله اذا كان الاصل اذا انطلق لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله صح الاشهاد وهذه الرواية
ارفق بالناس وبهذا اخذ الفقيه ابو الليث من المشايخ رحمهم الله وعن محمد رحمه الله تجويزه كيفما كان حتى اذا كان الاصل في زاوية
المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية اخرى منه تقبل وفي النهاية اذا شهد الفروع مع كون الاصول في المصر لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما بناء على ان التوكيل بغير رضاء الخصم لا يجوز عنده ويجوز عندهما فلا يملك الاصل
انابة غيره مناب نفسه في الشهادة بلا عذر كما لا يملك المدعى عليه ان ينيب غيره مناب نفسه في الجواب بدون عذر والى جميع اه

استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وتمكن عندهما كما يمكن المدعى عليه وتجوز تعديل
الفروع الاصول لان الفروع من اهل التزكية وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه ولا يتهم بان فيه تنفيذ شهادته
لان العدل لا يتهم بمثله اذ لو اتهم لانسد باب الشهادة وتجيز ابو يوسف رحمه الله سكوتهم اى سكوت الفروع عن تعديل
الاصول جاز شهادتهم لانهم انما ينقلون قول الاصول فكانهم حضروا بانفسهم وشهدوا فلا يلزم الفروع تعديلهم فوجب
الرجوع الى القاضى كما يرجع اليه فى تعديل الفروع وان قالوا لا نعرف الاصول اعدل ام لا يرد القاضى شهادتهم
ويسأل عن الاصول غيرهم وهو الصحيح وينظر الحاكم فى حالهم اى حال الاصول وما اوجبه محمد رحمه الله التعديل لان
الشهادة انما تقبل بالعدالة فاذا لم يعرفوا عدالتهم لم يعرفوا شهادتهم فلا يصح نقلهم فان انكر الاصول شهادتهم
ردت الشهادة من الفروع اى قال الاصول ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا ثم جاء الفروع فشهدوا على
شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضورهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع لثبوت التعارض بين خبر الاصول و
بين خبر الفروع ولو اخبر الشاهدين عدلان ان هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفى هذا فى الاشهاد على الحكم و
النسب عندهما وعليه الفتوى شهدا على امرأة باسمها ونسبها وهى حاضرة فقال القاضى للشهود هل تعرفون المدعى عليها
قالوا لا لا تقبل شهادتهم على المسماة ولو قالوا تحملنا الشهادة على امرأة اسمها كذا ولكن لا ندرى انها هذه المرأة
ام لا فى الكلام لا تصح شهادتهم على المسماة فكان على المدعى اقامة البينة ان هذه هى كذا فى الجامع الفصولين شهدا على
شهادة رجلين فلانة بنت فلان الفلانية بالفرع وقالا اخبر الاصول انهما يعرفانها لخلوها بامرأة وقالا لا ندرى هى هذه ام لا
قبل المدعى اثبات شاهدين انها فلانة كذا فى العيون

كتاب الرجوع عن الشهادة

ولا يصح الرجوع الا فى مجلس القضاء اى قاض كان لان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة تجب
بحسب الجناية على ما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فلما كان شهادة الزور بحضرة القاضى يجب ان يكون توبتهما كذلك
ولو اقام المقضى عليه بينة بان الشاهدين رجعا عند غير القاضى او ادعى الرجوع المطلق وبرهن عليه لا يقبل ولو كان
لا بينة على ذلك الرجوع لا يحلف عليه كذا فى البزازية وتسقط قبل الحكم بها اى اذا رجعا قبل حكم القاضى بشهادتهما سقط
ولا يقضى بها لان كلامهما الاول والثانى تناقضا حتى لزمهما التعزير كذا فى البزازية وبعده اى بعد حكم القاضى اذا رجعا
لا يفسخ الحكم لان كلامهما الاول يرجح باتصال الحكم به ويضمنون ما اتلفوا بشهادتهم لانهم صاروا سببا للاتلاف على المالك
على وجه التعدى فلزمهم الضمان كحافر البئر وموقد النار وقول الامام اخرا كان يقول اولا يقول استاذه حماد ان كان حال
الشاهد الراجع افضل حال الرجوع من وقت الاداء عدالة يصح الرجوع فى حق نفسه وحق غيره ولزم التعزير والتعزير
ويرد المال الى المشهود عليه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الاداء او دونه يجب التعزير ولا يرد المال على المقضى عليه
ولا يضمن الشاهد بضمان ثم رجع الى قولهما وعليه استقر المذهب وعليه الفتوى كذا فى البزازية هذا لو اقتضى المدعى بينا كان ادعيا

لان الاتلاف لا يتحقق بدون قبض هذا هو مختار شمس الائمة وقال شيخ الاسلام هذا اسلم اذا كان المال دينا واما لو
كان عينا فيجب الضمان على الشهود وان لم يقبضه المشهود له لان ملك المشهود عليه يكون زائلا عن العين بمجرد القول القضاء
ولهذا لا يجوز له ان يتصرف فيها وجاز للمقضى له ذلك وفى البزازية والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى
المال ام لا وكذا العقار يضمن بالشهادة الباطلة بعد الرجوع والاعتبار لمن بقى لا لمن رجع وعند الثلاثة العبرة لمن رجع
الا فى رواية عنهم بمن بقى كقولنا كذا فى العيون فالاثنان الشاهدان اذا رجعا يضمنان كل المال المحكوم به بشهادتهما
او رجع احدهما من الاثنين الشاهدين او رجع اثنان من ثلاثة شهود ورجعت امرأتان مع الرجل يضمن نصف اى
نصف المال فى هذه الصور لان نصف الحق ثابت بمن بقى وهو المعتبر فى باب الرجوع حتى لو رجع واحد من ثلاثة لا يضمن
او رجعت احديهما اى احدى المرأتين فى الصورة الرابعة او رجعت تسع من عشرة يضمن التسع الربع اى يضمن الراجعة
منهن ربع المال لان ثلاثة ارباع الحق ثابت بمن بقى وهو الرجل والمرأة الواحدة من عشرة نسوة ولو رجعت ثمان نسوة
لا ضمان عليهن لثبوت كل الحق بمن بقى وعند الثلاثة يضمن وفى رواية عنهم بناء على اصلهم وهو المعتبر لمن رجع لا لمن
بقى فان رجع الكل اى الرجل وعشرة نسوة فعليه السدس اى على الرجل ضمان سدس المال عند ابى حنيفة رحمه الله وعليهن
خمسة اسداس لان كل امرأتين تقومان مقام رجل فصار كما اذا شهد ستة رجال فرجعوا وقالا النصف على الرجل
وهو قول بعض الشافعية كذا فى العيون وعليهن الباقى اى يضمن الرجل النصف والنسوة النصف لانهن وان كثرن
تقوم مقام رجل ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولو لم يرجع الرجل كان عليهن النصف بالاجماع لبقاء
من ثبت به نصف الحق ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا ضمنا اى الرجلان خاصة فلا تضمن المرأة لانها بمنزلة
المعدومة فى الشهادة مع وجودهما ولو رجع شاهدا نكاحها اى شهد شاهدان على امرأة بان فلانا نكحها بمهر المثل
او اقل ثم رجعا وكان ما اياه بمهر المثل لم يضمنا وكذا لو شهد بانه نكحها على اكثر من مهر مثلها لا يضمنان كذا فى شرح
الوافى اما فى صورة الرجوع فى نكاحها فلان خروج البضع من ملكها غير متقوم بدليل ان المريضة لو زوجت نفسها باقل من
مهر المثل لم يجب اكمال المهر واما فى الرجوع فى نكاحه فلان الشاهدين اتلفا المعقود متقوم بعوض هو دخول البضع
فى ملكه والاتلاف بعوض يكون كلا اتلاف وضمنا الزيادة اى شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على قدر
مهر المثل لانهما اتلفاها بغير عوض وعند اشهب المالكى لا يضمن كذا فى العيون واذا شهدا عليها بنكاح بمهر قاصر اى اذا ادعى
نكاحها على مائة وقالت تزوجنى على الف ومهر مثلها الف فبرهن على مائة فقضى به ثم رجعا بعد الدخول قبل الطلاق لا يضمنهما
ابو يوسف على الشاهدين النقصان وهى تسعمائة وهو قول اشهب المالكى كذا فى العيون وقالا لا ضمان لها ولو رجعا قبل الدخول وبعد
الطلاق لا يضمنان لها شيئا بالاجماع كذا فى الحقائق وهذا الخلاف مبنى على ان القول لها الى تمام مهر مثلها عندهما لا فى مختلف
الزوجان فى قدر المهر وكان يقضى لها لولا شهادتهما فهما اتلفا تسعمائة فيضمنان وعنده القول قول الزوج فلم يتلفا عليها

شيئا او شهدا بالبيع اى بانه باع شيئا بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانهما لم يتلفا عليه شيئا بلا عوض او
شهدا باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا عليه جزءا من المبيع لان المشترى لو ادعى انه اشترى العبد بالف
وقيمته الفان فشهد شاهدان ثم رجعا ضمنا الالف وان كان باكثر فان كان الدعوى من المشترى فلا ضمان لانه رضى
بالزيادة وان كان الدعوى من البائع ضمنا المشترى ما زاد على القيمة كذا في الصدر الشريعة او شهد بطلاق اى
طلق امرأته قبل الدخول ضمنا نصف المهر لان المهر قبل الدخول في معرض السقوط ومعرض الزوال فلا يوجب على الزوج شيئا
ان كانت من جهتها كتقبيل ابن زوجها او الارتداد وبما اضافا الفرقة الى الزوج ولزما عليه نصف المهر فيضمنان ذلك
اذا رجعا او شهدا بسببه اى على الطلاق بعد الدخول ثم رجعا لم يضمنا لانهما اتلفا عليه منافع البضع وهي غير متقومة
في الخروج عن الملك او شهدا بالعتاق اى باعتاق عبده فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا ضمنا القيمة لانهما بشهادتهما اتلفا عليه
مالية العبد بغير عوض فيضمنان قيمته والولاء للمالك لا يتحول اليهما بهذا الضمان لانه ليس على العوض او بقصاص بعد
القتل اى شهدا انه قتل فلانا عمدا بسلاح فحكم الحاكم بالقصاص فقتل ثم رجعا ضمنا الدية ولم يقتص منهما
وقال الشافعي رح يقتص من الشاهدين ان قالا تعمدنا به وهو قول احمد واشهب المالكي بعمومهم كذا في العيني لانهما تسببا
بقتل فصار كالمكره عليه ولنا انهما لم يباشرا القتل ولم يصيرا سببا يضاف القتل اليه لانه وجد باختيار الولي وتخلل
الفعل الاختياري بينهما قطع نسبة القتل اليهما كما لو سيب اباق العبد الى ... بخلاف المكره لانه يلجئ الى القتل
فصار المكره كالآلة للمكره ولو رجع الفروع ضمنوا لان التلف يضاف الى شهادتهم او رجع الاصول وانكروا
الشهادة لم يضمنوا لانهم انكروا سبب الضمان وهو شهادتهم فان قالوا غلطنا في اشهادهم ضمنهم محمد رح الاصول في
وجه من لهم ... وقالا لا ضمان على الاصول لان الموجود منهم شهادة في غير مجلس القاضي فلا يكون سببا للاتلاف في
شيء بل صار السبب لشهادة الفروع فيختص الضمان بهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كان الاصول
حضروا المجلس الحكم فشهدوا ثم رجعوا او رجع الجميع اى الاصول والفروع ضمن الفروع خاصة عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وخير محمد رح المشهود عليه في تضمين من شاء فان شاء ضمن الاصول لان الفروع نابوا عنهم
فان شاء ضمن الفروع لان القاضي عاين شهادتهم ولهما ان الاتلاف حصل بشهادة الفروع وهم باشروا
من كل وجه والاصول سبب الاتلاف من وجه فاذا اجتمعا فالضمان على المباشر صورة ورجوع الاصول ان يقولوا اشهدناكم
بباطل اذ لو قالوا لم نشهدكم اصلا فلا ضمان على الاصول كذا في المحيط وان قال الفروع بعد الحكم بشهادتهم كذب الاصول
او غلطوا لا يعتبر لان القضاء ماض لا ينتقض كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم ضمان لانهم لم يرجعوا بل شهدوا
على غيرهم بالكذب والمزكون يضمنون بالرجوع اى ان رجع المزكون عن تزكية الشهود ضمنوا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا ضمان عليهم لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان اذا رجعوا وله ان الشهادة انما

تقبل بالتزكية فصارت في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها كما يضاف الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانهم
لم يثبتوا ما هو مؤثر وهو الزنا وانما اثبتوا الاحصان وهو شرط محض ولهذا تقبل شهادة النساء فيه وقال زفر والشافعي
في وجه ومالك في رواية عنهم في شهود الاحصان يضمنون بكل حال كذا في العيني ويضمن شهود اليمين لا الشرط برجوعهم اذا
شهد شاهدان انه علق عتق عبده بشرط وشهد آخران ان الشرط الذي علق العتق به وجد فحكم الحاكم به ثم رجع
جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد وهو قول ابن حي ولا يضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال
المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع ولو شهد على شهادة اصلين اثنين وشهد شاهدان آخران على شهادة
اربعة اصول بمال ثم رجعوا بعد حكم القاضي بذلك المال يضمن ابو يوسف رح الشاهدين الاولين من الاصلين ثلثه
اى ثلث ذلك المال ويضمن الشاهدين الآخرين من فروع الاصول ثلثيه اى ثلثي ذلك المال لان كل فريق قام مقام اصل
لانهم نقلوا شهادتهم فصار كان الاصول ستة شهدوا ثم رجعوا وجعل محمد رح الضمان للمال بين طائفتي الفروع نصفين
لان القضاء وقع بشهادتهم في العدد سواء او شهد فرعان اثنان على شهادة الاصلين اثنين وشاهدان فرعان آخران
على شهادة اصلين آخرين ورجع من كل فريق من الفريقين واحد فيضمنهما ابو يوسف رح الراجعين نصفه اى نصف المال
لان الحق يثبت بالفروع الاربعة وقد بقي الاثنان منهم وكان المتلف هو النصف للاثنين ونصفا في القول محمد رح فانه
قال عليهما ثمنان ونصف ثمن الضمان لان نصف الحق باق ببقاء احد الباقين لان صاحبه لو لم يرجع لبقي كل المال
واما الباقي الآخر فقد بقي ببقائه بعض الحق وهو دون النصف لو بقي ببقائه لكان الحق ثابتا بهما ولا يجب على الراجعين
شيء وليس كذلك فيقول ذلك البعض ثمن ونصف لان هذا الباقي باعتبار انه كواحد من الاربعة الاصول بقي
ربع الحق وباعتبار انه من الفروع الاربعة والاصول بقي به ثمن الحق فاذا بقي به ربع الحق بحال وثمنه في حال جعل كانه بقي
ثمن ونصف لان النصف متيقن والشك وقع في الثمن الآخر فنصف نضم الى النصف الآخر الذي بقي ببقاء الآخر فيكون خمسة
اثمان فالمتلف هو ثمنان ونصف ثمن يجب على الراجعين على السوية فعلى كل منهما ثمن وربع فالمسألة من ثمانية
فانكسرت السهام بالربع فضربنا في اربعة بثمانية فصار اثنين وثلثين فخمسة الاثمان ونصف الثمن اثنان وعشرون و
نصف الثمن منه عشرة اسهم فعلى واحد من الراجعين خمسة اسهم قال ابن سماعة كنا عند محمد بن الحسن وقال لنا قوموا فلما
تم قلنا فقمنا من بين يديه فقناس عنده فلم يصاحبنا المسألة الى عتبة الباب فلهذا سميت العتبية والمسألة الا
شكلة وهي عتبة الباب وسميت بالنظر في الوجه لانا ننظر بعضنا في وجه بعض بين يدي محمد رح حتى يعرف
انه فهم ما تبين في وجهه او لم يفهم وسميت بالسحر لانا نقول لمحمد سحرتنا

كتاب القسمة

وهي اسم من الاقتسام لغة كالقدرة للاقتدار وفي الشريعة تمييز الحقوق وافراز الانصباء وحاصلها جمع
نصيب شايع في معين وهي مشروعة بالكتاب والسنة قال الله تعالى ان المال قسمة بينهم وبالسنة لان النبي عليه السلام

بالشركة في المغانم وقد كان مشتركا بين الغانمين وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع
لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا
والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ولو كان معنى الافراز وهو قبض عين حقه ظاهرا لما كان الامر
كذلك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت الفاحش ولهذا لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند
غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ولو كان كل منهما قبض عين حقه لما كان
الامر كذلك وعند الشافعي والقسمة افراز في الكل وعند الشافعي هو بيع في الكل كذا في العيون وينصب القاضي قاسما للناس
يقسم بينهم عند الطلب امينا ليثبت الاعتماد على قوله عالما بالقسمة لان من لا يعلم لا يقدر عليها يرزقه من بيت المال لان
القسمة شبيهة بالقضاء في قطع المنازعة فيرزقه منه كما يرزق القاضي وليس بقضاء حقيقة لان مباشرتها
ليست بفرض على القاضي بل هو امر مندوب ومباشرة القضاء فرض عليه حتى جاز ان يأخذ الاجر على القسمة ولم يجز
على القضاء الا ان القسمة لما اشبهت بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القاضي حتى يملك القاضي جبر الآبي
ولم يملكه الاجنبي من هذه الجهة يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها كذا في الكفاية والا وان لم يرزق من بيت المال فباجرة
اي ينصب القاضي قاسما يقسم باجرة بقدر اجرته فلا يتحكم عليهم بالزيادة وروي عن شريح رضي الله عنه حين عاتبه
بعض اصدقائه قال اني فرغت نفسي عن اشتغالي لعمل المسلمين فاخذ كفايتي من مال المسلمين واختلف المشايخ
في تقديره قال ابو الحسن الكرخي في مختصره يقدر القاضي بربع العشر وقال شمس الائمة السرخسي والفقيه ابو الليث
بربع العشر وعليه نص الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى لانه قطع المنازعة فاشبه سائر الاعمال ولانه امر
حسي فاشبه الخياطة والصياغة وعمل الحكاك وسئل ابو حفص الكبير هل يجوز التقدير قال لا ومن حسن في زماننا
وبه ناخذ لان بربع العشر نظر للطرفين للآخذ والمأخوذ كذا في الفتاوى المنتخب وهي اي اجرة القسام على عدد
الرؤوس اي عدد رؤوس المتقاسمين عند ابي حنيفة رحمه الله ويستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير
والزمن في اخذ الاجرة كذا في فتاوى المنتخب وقالا على قدر الانصباء وهو قول الشافعي ولهما رحمهما الله واصل الاجر
على الطالب فقط عنده كذا في العيون حتى لو كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللثالث نصفه
فالاجرة عليهم تكون اثلاثا عنده وعلى قدر رؤوسهم عندهما اسداسا على قدر انصبائهم لان الاجرة مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان ونفقة العبد المشترك بالاجماع وله ان القسمة تمييز الانصباء والاجرة
مؤنة التمييز وهذا على التفاوت فيه فان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل بخلاف اجرة الكيال
والوزان لان الاجر فيه مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت ولا يجبر القاضي الناس على قاسم اي لا يجبر القاضي

الناس على قاسم يقسم التركة فيما بينهم ويأخذ الاجرة لما ان تعينه يفضي الى التحكم في الزيادة على اجر مثله وفي ذلك ضرر
بالناس ومتى اصطلحوا فاقتسموا جاز لان في القسمة معنى المبادلة فيجوز بالتراضي كسائر المعاوضات الا اذا كان
فيهم صغير لا يجوز لان تصرفه لا ينفذ فلا ولاية لهم عليه فيحتاج الى القاضي ويمنعون عن الشركة اي يمنع القسام
عن الشركة في اجرة القسمة فاذا قسم واحد من القسام يعني ان يكون الاجر مشتركا بين القاسمين يمنع القاضي
المقاسمين عن اشتراكهم لئلا يتواضعوا على تكثير الاجر فيؤدي الى الاضرار بالناس واذا لم يشتركوا بادر واحد منهم
الى القسمة حذرا عن الفوت فيرخص الاجر رعاية لمصلحة الناس واذا حضر عند القاضي شركاء وفي ايديهم عقار وهو
ما له اصل وقرار مثل الدار ادعوا انه ارث اي ميراث بينهم من فلان وطلبوا القسمة فهي موقوفة على البينة بالموت
وعدد الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسم باعترافهم
وهو قول الشافعي واحمد رحمهما الله ويذكر في كتاب القسمة ذلك اي يكتب القاضي في صكه انه قسمها باعترافهم ليعلم انه
حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد الى شريك آخر لو ظهر ولا يعتق امهات اولاده ومدبروه لعدم ثبوت موته
في حقهم كما في غير العقار اي كما يقسم المنقول باعترافهم بالاجماع استحسانا والقياس ان لا يقسم الا انه استحسن لحاجة
الى حفظ المنقولات بخلاف العقار فانه محصن بنفسه وعقار ادعوا شراءه وملكه مطلقا اي كما يقسم باعترافهم
في العقار المشترى وفيما ادعوا ملكه مطلقا ولم يبينوا كيفية انتقاله اليهم وله ان التركة قبل القسمة مبقاة على
ملك الميت حتى لو حدثت الزيادة تنفذ ديونه منها وبالقسمة ينقطع حق الميت حتى لا يثبت حقه في الزوائد فكان
القسمة قضاء على الميت باقرارهم وانه لا يجوز لان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى الميت فلا بد من اقامة البينة
حتى يكون حجة على الميت بخلاف المنقول لانه يخشى عليه التلف وبقسمته يكون محفوظا ومضمونا على قابضه والقاضي
نصب ناظرا فيقسم والعقار محصن غير مضمون على القابض فلا حاجة الى القسمة وبخلاف العقار المشترى لان المبيع
زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يكون ابقاؤه فلم يكن القسمة على الغير وبخلاف ما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا
كيف انتقل اليهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم وعند
الشافعي رحمه الله لا يقسم في قول كذا في العيون او ادعى وارثان عقارا في ايديهما وفي الوارث غائب او صبي و
برهنا على الوفاة وعدد الورثة قسم بطلبهما العقار والمتبادر من المتن ان لا يكون شيء من العقار في يد الغائب
او الصبي وهو غير لازم قال الامام السرخسي في شرح المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها
حتى يقيم البينة على اصل الميراث وعدد الورثة فاذا اقاموا البينة قبلها القاضي لانها للاثبات وولاية القاضي في
تركة الميت ولان الورثة يخلفون من الميت في الميراث فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فيما
يخلو تركته عنه فان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لكان غائب الصغير اذكى

والفرس موقوف في الشرح وذكر في النوازل وان كان العقار في يد الصبي وفي يد الغايب او شيء منه في يد من لم يتعلم هذا
مختارا لصدر الشريعة ونصب القاضي عن الغايب وللصبي من يقبض نصيبه وهو الوكيل عن الغايب والوصي للصبي
لان في ذلك نظر اليهما او ادعى مشتريان شراء دار او موهوب لهما ايهما ومعهما غايب اي مشتري اخر وبرهنا عليه وطلبا القسمة
او كان العقار اي كله او شيء منه على ما ذكر في النوازل في يد الوارث الغايب او في يد مودعه او في يد الصبي الوارث او كان
الطالب اي طالب القسمة وارثا واحدا او شريكه غايب لم يقسم في هذه المسائل الثلث وذكر في العيون عند ابي يوسف رحمه الله
والثلثة يقسم اما فيما ادعيا الشرا فلان الملك الثابت لكل منهما ملك جديد بالشرا بسببه ولهذا لا يرد على بايع بايعه اذا
وجد معيبا فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب وكانت البينة في حق الغايب قائمة بلا خصم فلا تقبل واما في مسئلة دعوى
الارث وقبلت بينته لان ملك الارث ملك خلافة عن مورثه ولهذا يرد على بايع مورثه لو وجد ما ورثه معيبا فيما
اشتراه المورث ويرد عليهم فيما باعه مورثه ولو وجد معيبا فينتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر خصم عن نفسه
فكانت القسمة قضاء على الخصمين الحاضرين من غير خصم عنهما حاضر فانه لا يجوز ولا فرق في هذه الصورة بين اقامة
البينة وعدمها في الصحيح واما في المسئلة الثالثة فلان الواحد لا يصلح ان يكون مخاصما لا يحتاج الى اقامة البينة
فاذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان في تلك القسمة تكميل المنفعة فيجيبه القاضي فاذا انتفع بكثرة
نصيبه ويستضر شريك اخر لقلته اي لقلة نصيبه قسم بطلب المنتفع فقط لان القاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه
فلا يعتبر ضرر الاخر لانه من قلة نصيبه فلا يجيبه القاضي لانه يشتغل بما لا يفيد وفي رواية عن الحاكم الشهيد انه لا يقسم كما
في العيون وقيل الحكم على عكس هذا اي طلب صاحب القليل قسم وان طلب صاحب الكثير لا يقسم لانه يريد الاضرار على صاحب
القليل وصاحب القليل راض بضرر نفسه وذكر الخصاف وكذا الحاكم في مختصره انه يقسم بطلب كل منهما والصحيح ما ذكر
في المتن وان استضر فبتراضيهم اي ذا استضر كل من الشركاء اذا قسم مثل الرحى والحمام لا يقسم القاضي لانها لتكميل
المنفعة وفي هذا التقسيم تفويتها الا الاشتغال بما يضر فيجوز قسمتهم بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولا
يمنعهم القاضي من ذلك ويقسم العروض المتحدة الجنس لامكان المعادلة فيها من جهة المالية والمنفعة فيملك
القاضي الاجبار عليهم ولا يقسم العروض المختلفة الجنس الا بالتراضي لانعدام الاختلاط بينهما فلا تقع
القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيكون بالتراضي لا بالجبر والرقيق لا يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسم
بطلب احدهما هذا فيما لو كان الرقيق وحده ولو مع شيء اخر مما يقسم جازت القسمة فيها تبعا لغيره بالاجماع
وفيما لو كانوا ذكورا فقط او اناثا فقط لانهم لو كانوا ذكورا او اناثا مختلطين لا يقسم بالاجماع لانهما جنسان
مختلفان لاختلاف المقاصد حتى لو اشترى على انه عبد ثم ظهر انه امة لم ينعقد البيع لهما ان الجنس متحد والتفاوت
في القيمة لا يمنع صحة القسمة كما صحت في الابل والغنم ورقيق المغنم ولنا ان التفاوت فيه فاحش من جهة الاغراض

والمعاني الباطنة كالفهم والكياسة فالتحق بالاجناس المختلفة فلا يقسم كالجواهر اي كما لا يقسم الجواهر لفحش التفاوت
بينها بخلاف التفاوت في الابل والغنم في الانتفاع لانه يسير وبخلاف قسمة الغنايم لان الحق للغانمين متعلق بالمالية دون
العين حتى كان على الامام ان يبيع الغنايم ويقسم الثمن بينهم ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى لما سبق بيان دليله في قوله وان استضر
فبتراضيهم وعند مالك والشافعي رحمهما الله يقسم الحمام لو كبيرا فينتفع كل بحظه كذا في العيون والدور المشتركة في مصر واحد
وطلب الشركاء من القاضي القسمة يقسم كل دار منها على حدة اي على انفرادها ولا يقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله
كدار وضيعة اي كما يقسم دار وضيعة مشتركة على حدة او دار وحانوت ولو جاز قسمة بعضها في بعض ان كان اصلح اي
راى القاضي الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض فيهما لان الدور جنس اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا
الى وجه السكنى من قرب الماء والمسجد وصلاح الجيران وغيره فيكون الترجيح مفوضا الى راي القاضي وله ان العبرة
للمقاصد فالدار جنسان لفاحش تفاوتها نظرا الى وجوه السكنى ولهذا لا يجوز التوكيل بشرا دار غير معينة
كما في الثوب فامتنع التعديل في القسمة ويقسم البيوت قسمة واحدة بالاجماع لقلة التفاوت في المنازل الملاصقة كالدور
ولو كانت الدور في مصرين لا يقسم بالاجماع وههنا ثلث مسائل الدور والبيوت والمنازل فالدور تقسم على حدة سواء كانت
متفرقة او متلاصقة لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال وغيرها مما ذكر والبيوت تقسم واحدة سواء كانت متفرقة
او مجتمعة في درب لانها لا تتفاوت في منفعة السكنى واما المنازل لو كانت متلاصقة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة
كالبيوت وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كالدور وسواء كانت في دروب مختلفة او في درب واحد بعضها في اقصاه
وبعضها في ادناه كذا في النوازل ولو تراضوا بقسمتها فهي بيع عند ابي حنيفة رحمه الله لان كلا منهم كالبايع من شريكه نصيبه
من تلك الدار بنصيب شريكه من هذه الدار وقالا لا يكون بيعا لان القاضي لا يملك هذه القسمة بغير تراضيهم او راي الاصلح
ولو وجد المشتري نصيب احدهما معيبا بعد بنائه فيه اي اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار بعد اقتسامها فبنى فيه
المشتري ثم وجد فيه عيبا فلم يتمكن من الرد بسبب الزيادة رجع بنقصانه اي نقصان العيب فرجوعه على شريكه بما ضمن
للمشتري منتف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع هذا الخلاف مبني على الاختلاف في مسئلة وهي ان مشتري جارية اذا
باعها من اخر فاستولدها الثاني فاستحقها رجل فاخذ من الثاني الجارية وقيمة الولد رجع الثاني على الاول بما ضمن ثم الاول
يرجع على بايعه بالثمن لا غير عند ابي حنيفة رحمه الله ويرجع بقيمة الولد عندهما كما سبق بيانه في فصل من باب الدعوى
ولو استحق بعض معين من نصيب احدهما من المبيع في محل الرفع صفة بعض اي اذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم
ينفسخ القسمة او استحق بعض شايع في الكل اي في كل الانصباء فسخ القسمة لان باستحقاق جزء شايع ينعدم
معنى القسمة وهو الافراز الا ترى انه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شايعا بخلاف المعين لان وراء المستحق مفرزا
على حاله ليس للغير فيه حق فيرجع بحصته على شريكه او في نصيب احدهما شايعا فله الرجوع في نصيب الاخر بنصف النصف
ولا ينفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ولكنه ان شاء فسخ واستانف القسمة وان شاء رضي بعيب الشركة فيرجع على شريكه بنصف النصف

لانه لو استحق بعلوها في يد شريكه يرجع بنصف ما في يد شريكه فاذا استحق نصفه يرجع بنصف ذلك اعتبارا للجزء بالكل وقال لا يفسخ
وهو قول الثالث وليس بعد الله كذا في العيون لانه بالاستحقاق ظهر شريك ثالث والقسمة بدونه لا يصح فيفسخ كما اذا استحق
نصف شايع ولهما ان لا يبطل القسمة ولان الاستحقاق في معنى البيع واستحقاق المبيع لا يبطل فيما بقي بل يثبت الخيار للمشتري
ان شاء نقض البيع في الباقي وان شاء رجع بعوض المستحق كذا في القسمة ووافق محمد ابا حنيفة رحمه الله في الاصح
اي اصح الروايتين عنه وهو رواية ابو حفص عن محمد رحمه الله وفي رواية ابي سليمان عنه مع ابي يوسف وهو ما ذكرنا ولا
ولو كانت التركة مائة شاة بين رجلين فاقتسما فاخذ احدهما اربعين شاة يساوي خمسمائة والاخر ستين يساوي
خمسمائة فاستحق شاة من الاربعين يساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم على صاحب الستين
بالاجماع كذا في الحقايق

فصل

في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها وينبغي ان يصور القاسم
ما يقسم ليتمكن من حفظه ويعدله اي يسوي على قدر سهام القسمة ويذرعه ليعرف مقداره ويقوم بناءه لان
التقويم محتاج اليه ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه لينقطع بالاخر ويرتفع المنازعة ويلقب نصيبا بالاول
والاخر اي نصيب الاخر بالثاني وهلم جرا اي يقال جرجرا منا الطريق ويلقب الاخر بالثالث والذي بالرابع
وخامسا وكيفيته ان ينظر الى اقل الانصباء فيعد به اجزاء السهام مثلا اذا كان العقار مشتركا بين
ثلثة لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس جعله اسداسا لان السدس اقل فيكون لصاحب
النصف ثلثة اسهم ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب السدس سهم ويقرع اي يكتب اسماؤهم لتطييب قلوبهم
ويزول عن القاسم تهمة الميل لاحدهم وهذا ليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا
الموضع اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة الا يرى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة مع
اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين اي من المغلوبين ولو قسم بلا قرعة جاز لان القسمة
في معنى القضاء فلا يكمل القاسم الالزام فمن خرج اسمه ولا اخذ الاول اي اخذ اللقب الاول بالنصيب الاولى
ومن خرج اسمه ثانيا اخذ النصيب الثاني وهكذا ولا يدخل القاسم الدراهم فيها اي في قسمة العقار مثلا انما
قال الدراهم انما اعطى لقيمة البناء الدراهم لا يقسم كذا جبرا بل يجعل لقيمة ذراعا من العرصة لان الدار غير
مشتركة فاذا لم يجبر على قسمة الجنسين المشتركين فما ظنك عدم الاشتراك الا بالتراضي واذا قسم
ولم يبينوا الطريق والمسيل للاحدهم طريق او مسيل في ملك الاخر غير مشروط في القسمة ذلك فان امكن صرفه
اي صرف الطريق والمسيل عن ملكه صرف في الاولى اي ان لم يمكن فسخت القسمة لان المقصود منها تكميل المنفعة
وقطع تعلق كل منهم بنصيب غيره واذا لم يحصل تعين الفسخ ولو شرطوا في القسمة ان ما اصاب كل واحد
فهو له بحقوقه لا يفسخ القسمة وترك الطريق والمسيل على حاله لانه يكون حقا له في نصيب الاخر وذراع من سفل

لا علو له متقوم عند ابي حنيفة رحمه الله بذراعين من علو لا سفل له اي اذا كان سفل مشترك بين رجلين وهو بيت اخر
وعلو مشترك بينهما وسفل لرجل لاخر فطلبا القسمة يجعل عند ابي حنيفة رحمه الله بمقابلة ذراع من سفل مجرد ذراعين
من علو مجرد ويسوي اي يجعل ابو يوسف رحمه الله ذراعا من سفل بذراع من علو وشرط محمد رحمه الله القسمة بالقيمة وهو
هو المذهب اي قول محمد رحمه الله المفتى به وهو قول الثلثة كذا في العيون قيل هذا اختلاف بحسب الزمان لحكم الامام على عادة
اهل الكوفة من اختيار السفل على العلو وابو يوسف رحمه الله على عادة اهل بغداد من التسوية بينهما ومحمد رحمه الله
على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدين وقيل هذا اختلاف بحسب الاختلاف البرهان وجه قول الامام ان العلو
يفوت بفوات السفل ولا يفوت السفل بفواته فيكون منفعة السفل ضعف منفعة العلو وجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان المقصود منهما السكنى وهما يستويان فيه وجه قول محمد رحمه الله ان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات
وفي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل فيقسم بالقيمة وتقبل شهادة القاسمين با
لاستيفاء بعض الورثة وهو المدعى اي اذا انكر بعض الشركاء استيفاء نصيبه بعد القسمة فشهد القاسمان على
قبضه يقبل شهادتهما عند محمد رحمه الله وهو قول الثلثة كذا في العيون وتقبل عندهما لانهما شهدا على فعل انفسهما معنى
فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل رجلين فشهدا على فعلهما ولهما انهما شهدا بفعل غيرهما وهو القبض لا على فعل
نفسهما وهو التمييز قيل هذا اذا قسما بلا اجر واذا قسم به فلا تقبل شهادتهما بالاجماع لانهما يدعيان ايفاء ما
استوجرا عليه من العمل والاصح انها تقبل مطلقا لانهما عدلان ولهذا اطلق في المتن لفظ القاسمين ولو ادعى
احدهم غلطا في القسمة وانه اي ان شيئا مما اصابه في يد الاخر بعد ان اشهد بالاستيفاء اي اقر بقبض نصيبه لم
يصدق لانه يريد فسخ القسمة بعد وقوعها الا ببينة تشهد انه في يد الاخر فان لم يقم بينة استحلف شريكه فان نكل جمع
بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما او في البناء لو ظهر غبن فاحش في القسمة ينظر
ان كان بقضاء القاضي يفسخ لان تصرفه مقيد بالعدل فلم يوجد وان كانت بالتراضي قيل لا يلتفت الى قول من
يدعي الغبن لوجود التراضي كما في البيع وقيل يفسخ وهو الصحيح لان شرط جوازها ... فقد فات شرط فيجب
نقضها بخلاف البيع فانه غير مبني على المعادلة وان قال استوفيت حقي لكن اخذت بعضه كان القول للخصم مع
يمينه لانه يدعي غصبا وهو ينكره ولو قال اصابني في القسمة الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد بالاستيفاء وكذبه
الاخر فلكل منهما ان يحلف الاخر ويتحالفا وفسخت لانهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار كالاختلاف في مقدار المبيع

كتاب الاكراه

قال شمس الائمة السرخسي هو فعل يفعل المرء
بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم الاهلية في الحقوق ولا يسقط عنه الخطاب فيما اكره عليه
حتى يتنوع عليه الامر فتارة تحرم الاقدام عليه كقتل الغير وتارة يباح له او يلزم عليه كاكل الميتة وشرب الخمر

وتارة يرخص له كاجراء كلمة الكفر حالة الاكراه واتلاف مال الغير فذلك اية الخطأ وكذلك لا ينعدم اصل القصد
والاختيار بالاكراه وكيف ينعدم ذلك وقد طلب منه اهون الامرين عليه فتبنى تفصيله على ما ذكر وتثبت حكم
وهو ان الاتلاف فالحاصل به ينتقل الى المكره فيما يصلح ان يكون المكره آلة له اذا حصل من قادر على ايقاع ما توعد به
اي بخوف مطلقا هذا هو المذكور في القدوري سلطانا كان او لصا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا
من السلطان فما ذكر يكون قولهما قالوا هذا اختلاف زمان وعصر لا حجة وبرهان لان القدرة والكلفة في زمانه على السلطان وفي زمانهما
قد يوجد من غيره وحكي عن ابن سماعة لما صنف محمد رحمه الله الكتاب المبسوط سعى به بعض حساده الى الخليفة وقال انه صنف
كتابا سماك فيه لصا غالبا فاغتاظ لذلك فامر باحضاره واتاه المستحضر وانا معه فادخله على الوزير اولا فجعل
الوزير يعاتبه على ذلك فانكر محمد رحمه الله اصلا فلما علمت السبب اسرعت الرجوع الى داره وتسورت حائطا ببعض الجيران
لانهم تواسموا غلقا بابه فدخلت داره وفتشت الكتب فوجدت كتاب الاكراه فالقيت في جب الدار فاحاطوا
قبل خروجي منها فلم يمكنني ان اخرج فاختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه الى دار الخليفة فامر الوزير
ففتشوه ولم يجدوا شيئا مما ذكره الساعي لهم فندم الخليفة على ما صنع به فاعتذروا اليه وردوه بجميل
فلما كان ايام اراد محمد رحمه الله ان يعيد تصنيف الكتاب فلم يحسن خاطره الى مراده فجعل يتاسف على ما فات من هذا الكتاب
ثم امر بعض غلمانه ان يأتي لعامل ينقي البئر لان مائه تغير فلما نزل العامل البئر وجد الكتاب على آجرة او حجر فيها من
من طرف فلم يبتل فسر محمد رحمه الله بذلك وكان يخفي الكتاب زمانا ثم اظهره كذا في شرح المبسوط ويخاف المكره وقوعه على
غلبة ظنه ان المكره يفعله وهذا الشرط ايضا ليصير مضطرا الى فعله هذا اذا خاف من وقوعه على نفسه او خاف على عضو
على والديه او ولده لا يكون اكراها كذا في التبيين وان اكره على بيع او شراء او اجارة او اقرار بقتل الحار او بحبس
مغلق باكراه او ضرب شديد او حبس مديد ففعل ما اكره عليه من البيع واخواته خير بين امضائه وفسخه
لان العقود انما تصح بالتراضي ولو كان الضرب غير شديد او يكون الحبس مقيدا بيوم لم يكن المكره مخيرا الا
مثل الايام الى بعيد فلا يكون اكراها مطلقا الا ان يكون المكره من الشرفاء او الرؤساء فانهم يتضررون بضربه
سوطا وبغرك اذنه لان فيه هوانا بين الناس وهو اضر من الالام فينبغي ان يفوض الى راي الحاكم وان قبض الثمن
او سلم المبيع لا الهبة اي لا في الهبة اذا اكره بالهبة فوهب بالاكراه وسلم الموهوب فيها بالطوع لا يكون التسليم
امضاء للهبة واذا كان المكره حاضرا وقت التسليم واما اذا لم يكن حاضرا فيه فالاكراه على الهبة اكراه على
التسليم قياسا واستحسانا كذا في البزازية طوعا من صوب بقبض او سلم فيثبت الملك للقابض وعند زفر
لا يثبت كذا في العيني كان امضاء لبيعه لان كلا من القبض والتسليم طوعا دليل الرضا لان الاكراه على البيع لا يكون
اكراها على القبض او التسليم له الملك يثبت بدونهما في البيع وهو مقصود المكره فيكون التسليم طوعا دليل

الرضا بخلاف الهبة فان الملك لا يثبت بمجرد الهبة بل بالقبض فيكون الاكراه على الهبة اكراها على تسليم
الموهوب نظرا الى مقصود المكره فان قبضه مكرها نقضه المكره الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه
وان كان هالكا لا يضمن لانه اخذه باذن المشتري فيكون امانة عنده وان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره و
البائع مكره على البيع ضمن قيمته لان قبضه وقع بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا عليه بالقيمة ويضمن المكره
ان شاء لانه نزل منزلة آلة للمكره في اتلاف مال الغير فكانه دفع مال البائع الى المشتري ولذا شاء ضمن المشتري
لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فيضمن ايهما شاء فان ضمن المكره يرجع على المشتري بالقيمة لانه باداء
الضمان ملكه من وقت وجد السبب بالاستناد فقام مقام المالك البائع وان ضمن المشتري لا يرجع على المكره كما
لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب ولو كان المشتري باعه من اخر وباع الاخر من اخر وتناولت البياعات فلا
يضمن من شاء من المشترين فان ضمن المشتري الاول نفذ الكل وان ضمن المشتري الاول نفذ الكل ولو ضمن الثالث او
الرابع نفذ البياعات التي بعد الضمان لانه ملكه فيستند من حين وجوده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره اخذ منه
البياعات حيث تنفذ ما قبل الاجازة وما بعدها لان عدم النفاذ كان لحقه فاذا اسقط بالاجازة عاد الكل الى الجواز
واذا اكره على شرب الخمر او اكل لحم خنزير بضرب قيد او حبس لم يحل حتى يخاف على نفسه او تلف عضو فيقدم اي يحل الاقدام على
تناولها ان خاف على نفسه او عضو ولو انملة لان هذه الاشياء انما تباح حالة الاضطرار في الضرورة لا يتحقق الا بالاكراه
الملجي وهو الخوف على نفسه او عضو وان صبر اي امتنع عن تناولها حتى تحقق الوعيد وهو يعلم الاباحة اثم لان اهلاك
النفس او اتلاف العضو بالامتناع عن المباح حرام فياثم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه رخصة والحرمة باقية بخلاف
حالة المخمصة كذا في النوازل ولو لم يعلم كونه مباحا لا ياثم لانه موضع الخفاء وقد اختلف فيه العلماء فيعذر بجهله كالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب حتى من اسلم فيها او اكره على الكفر بالله او سب النبي عليه السلام بما يخاف على نفسه او عضو اقيم
مطمئنا قلبه بالايمان ولا اثم لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان كما اظهر عمار بن ياسر رضي الله عنه اخذه المشركون
فلم يتركوه حتى سب النبي عليه السلام وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر يا
رسول الله ما تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال عليه السلام فكيف تجد قلبك قال اجده مطمئنا بالايمان قال ان عادوا فعد
الى الطمأنينة فهذا اي فان عادوا فعد الى طمأنينة القلب بالايمان ولو اكره على الصلوة على الصليب او سب النبي عليه السلام
ففعل وقال نويت به الصلوة لله وسب محمد غير النبي عليه السلام لا يكفر وبانت امرأته قضاء لا ديانة كذا في النوازل
وان صبر ولم يقدم على الكفر حتى قتل اجر اي صار ماجورا كما صبر خبيب على ذلك حتى قتل على ذلك قال عليه السلام
سيد الشهداء ورفيقي في الجنة وقصته ان خبيب بن عدي ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا يعاقبونه
على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا عليه السلام وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير فاجمعوا على

قتل فانتقض انهم قتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي ركعتين فاخر فصلوة ثم قال اني اوجزت كيلا يظنوا اني اخاف
القتل ثم سألهم ان يلقوه على وجهه ليكون هو ساجدا لله تعالى حين قتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال
اللهم اني لا ارى هنا الا وجه عدو فاقرأ رسولك مني السلام اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق
منهم احدا ثم انشأ يقول ولست ابالي حين اقتل مسلما على اي جنب كان لله مصرعي فلما قتلوه وصلبوه تحول
وجهه الى القبلة وجاء جبرئيل عليه السلام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأه السلام حبيب رضي الله عنه فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال افضل الشهداء وهو رفيقي في الجنة فظهر ان التكلم وان كان يرخص له كما اظهر عمار بن ياسر فيه فالامتناع منه
افضل كما امتنع حبيب رضي الله عنه ولهذا سمي عليه السلام افضل الشهداء ورفيقي في الجنة والفرق بين شرب الخمر و
اظهار الكفر وان كان كل منهما استثني من النص فبالصبر في الاول اثم وبالصبر في الثاني اجر ان الاستثناء في
الكفر يرجع الى الغضب فانتفى من المكره على الكفر الغضب دون الحرمة لان الاية المذكورة فيه قوله تعالى من كفر
بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب
عظيم وذكر في الكشاف من كفر بالله شرط وجوابه محذوف وجوابا شرح دال عليه فكانه قيل من كفر بالله فعليهم
غضب الله وفي الخمر يرجع الى الحرمة لان الاية المذكورة فيه قوله تعالى وما لكم الا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وقد فصل
لكم الا ما اضطررتم والمستثنى من الحرام يكون حلالا فمن امتنع من الطعام الحلال حتى التلف يكون اثما اذا
اكره على اتلاف مال مسلم بما ذكر من الايجاف على نفسه او عضوه اقدم لان اكل مال الغير واتلافه مباح عند الضرورة اي
المخمصة فيباح عند الاكراه لان فيه ضرورة ويضمن المالك المكره لان المكره صار كالالة في الاتلاف او كره على قتل
اي قتل مسلم لم يقدم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة فان قتل اي قدم على قتله اثم لان الحرمة باقية على المقدم المكره
عليه اقتص اي اوجب الدية ونحن لا نوجب اي القصاص على المكره قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كان عمدا الا على [illegible]
لا يوجب ابو يوسف رحمه الله تعالى لقول الشافعي رحمه الله فانه قال تجب عليهما القصاص وهو قول مالك واحمد كذا في العيون لان الفاعل
قاتل حقيقة والمكره سببا وللسبب حكم المباشر فيجب عليهما ولابي يوسف رحمه الله ان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره
قاتل حكما فتمكنت الشبهة في كل منهما فيسقط القصاص ويجب الدية الا ان العاقلة لا تتحمل الا عمدا ولهما ان الاصل
في الافعال ان يؤاخذ بها فاعلها الا ان الشرع اسقط حكم فعل فيما يصلح ان يكون الفاعل آلة للآمر فيقتص المكره
كما في الاكراه على اتلاف المال فان الحكم فيه يرجع الى الآمر وكذا سائر الاحكام من حرمان الميراث والكفارة تختص بالمكره
فحكم الفعل يرجع الى الفاعل ايضا وقال زفر رحمه الله يقتص المكره لان القتل صدر عنه حقيقة فان كان فيما لا ينفسخ بعد
بالاكراه كالطلاق والعتاق والنذر واليمين وان كان فيما ينفسخ يتوقف على الرضا كالبيع ونحوه ينعقد على
الجائز الا انه يفسد لعدم الرضا ولو اكره على قطع يده ففعل ثم قطع رجله طوعا فمات المقطوع يوجب ابو يوسف

الدية في ماليهما اي في مال المكره والفاعل جميعا فاوجبا القصاص عليهما هذا تفريع للمسئلة السابقة والمذكور فيها
من الجانبين كاف هنا ولو قال اقتلني فقتل اقتص منه في رواية عن ابي حنيفة لان الاذن لم يصادف محله لان الدم
لا يباح فصار قتلا بغير حق فيجب القصاص وسقناه في رواية اخرى اي لا يقتص لان نفسه حقه فلما اتلفه باذنه صار
هدرا كما لو اتلف ماله باذنه وخالفنا زفر رحمه الله في هذه الدابة واختار الرواية الاولى وتجب في ماله اي في مال القاتل
الدية في رواية اخرى لان صورة الاذن صار شبهة مانعة عن القصاص فيجب الدية في ماله لكونه عمدا واورد هذه المسئلة
في هذا الباب وان لم يكن فيه اكراه لمناسبة وجود الاذن كما كان يوجد في الاكراه وتردد من الجبل اي اسقط والا
قتلتك ففعل فالدية على عاقلة المكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه في معنى القتل بالمثقل وفيه كان يجب الدية على العاقلة
فكذا هنا ويجعلها ابو يوسف رحمه الله في ماله اي في مال القاتل لان القتل الحاصل بالاكراه لا يوجب القصاص عنده
كما سبق واوجب محمد رحمه الله القصاص على المكره لان القتل بالمثقل كان يوجب القصاص عنده ولو اكره بقتل
على تقاي سقوط عن مكان عال واقتحام نار او دخول ماء مغرق وكل من هذه الثلاثة مهلك ولذا اي للمكره خيار
في الاقدام والصبر عند ابي حنيفة رحمه الله وامراه بالصبر لانه لو القى نفسه صار مباشرا في اهلاكها فيجب الصبر ولنا
انه ابتلي بشيئين متساويين في الافضاء الى الهلاك فيتخير ثم اذا القى نفسه في نار ونحوها فعلى المكره القصاص
لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه تسبب في القاء نفسه لو وقعت نار في سفينة ان صبر احترق ولو القى
نفسه غرق فكان الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله وامر محمد رحمه الله بالثبات ولو اكره على طلاق امرأته او عتاق وقع وعن
الثلاثة لا يقع كذا في العيون ورجع بقيمة العبد على المكره كما روي عن ابراهيم الحنفي رحمه الله انه في رجل يجبر بالسلطان
على الطلاق او العتاق فطلق او اعتق وهو كاره انه جائز وانه واقع وعن صفوان بن عمرو الطائي ان رجلا
كان مع امرأته نائما فاخذت سكينا وجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت لتطلقني ثلاثا البتة
والا ذبحتك فطلقها فذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق فيه اي لا يحتمل الطلاق الاقالة
والفسخ بعد وقوعه وانما التقييد بهذا الاجل نوم القيلولة وذلك لا يمنع وقوع الطلاق وعن عمر رضي الله عنه
اربع واجبات على من تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر ولو اكره على ان يتزوج بمهر المثل جاز و
لو طلق قبل الدخول عليه نصف المهر ولا يرجع بذلك على المكره في مجمع الفتاوى وفي البزازية اكره على نكاحها بازيد
من مهر المثل بطلت الزيادة وجاز النكاح واوجب الطحاوي الزيادة وقال يرجع بها على المكره ولو اكره بعتاق في
او نذرا حجة او قطع او نسب فاقر لا يلزمه شيء كذا في قاضي خان وفي المحيط اذا اقر بالسرقة مكرها فان افتى بعض
من المتأخرين من افتى بصحته وسئل الحسن بن زياد ايحل ضرب السارق حتى يقر قال ما لم يقطع اللحم ولا يظهر العظم
ولان الاتلاف للمال يصلح آلة فيه سواء كان موسرا او معسرا ولا يرجع على العبد بما ضمنه لانه هو المؤاخذ بالاتلاف ولا كتابة

على العبد لانه صار حرا ولم يجب على الية الغير عنه ويرجع بنصف المهر ولو اكره ليقر بالطلاق لا يقع كما لو اقر
بالطلاق هازلا او كاذبا لان ما عليه كان على شرف السقوط بان صارت الفرقة من قبل المرأة فتأكد الوجوب في الطلاق
فكان ذلك اتلافا بالمال فاضيف الى من اكره هذا اذا كانت سمي من المهر وان لم يكن يرجع على المكره بما لزمه من المتعة
ان كان قبل الدخول فاذا دخل بها يلزم تمام المهر لان بالدخول تقرر المهر لا بالطلاق فلا يجب الرجوع ولو اكره على التوكيل
بالطلاق ففعل الوكيل جاز استحسانا والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه
وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط لانها اسقاطات اذ الموكل يسقط حقه
بالتفويض اليه لان قيمه يفعل وقد لا يفعل كما اذا شهد شاهدان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا
لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض الوكيل زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا فيضمن او اكره على
اعتاق نصفه فاعتق كله اي كل العتق فهو مختار عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يضمن باختياره فهو غير مكره او اكره
على اعتاق كله فاعتق نصفه فالمكره ضامن لنصفه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا كلا المسئلتان مبنيات
تجزي الاعتاق عنده وعدم التجزي عندهما او اكره على الزنا لحق منعنا الحد وقال زفر رحمه الله يحد لان انتشار
الالة دليل الطواعية فيحد ولنا ان انتشار الالة قد يكون طبعيا لا طوعا كما تنتشر الة الصبي فلا يحد للشبهة
او اكره على الردة اي ان ترتد عن الاسلام فارتد لعوفا سلم تبين امرأته لاحتمال ان يكون قلبه مطمئنا بالايمان
ولا يكفر فوقع الشك في ارتداده حقيقة فلا يرتفع النكاح الثابت بيقين ولو اكره على الاسلام يصير مسلما
لان الاسلام ثبت مع قيام الاحتمال لعلوه

كتاب السير

وهو جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وهي من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع المسافة وقد يراد به السير
في المعاملات يقال سار ابو بكر بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الشرع سير النبي مع معاوية وانما سمي
هذا الكتاب به لانه يبين فيه سير النبي عليه السلام وسير اصحابه وذكر في العرب اصل السير حالة السير
الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج وانما سمي المغازي
به لان اول امورها السير الى العدو والمراد سير الامام ومعاملاته مع الغزاة والكفار والمقاتلة معهم و
يفترض الجهاد على الكفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لانه ما فرض لعينه اذ فيه تعذيب عباد الله وتخريب
بلاد الله فلا يكون فرض عين وانما فرض لاعلاء كلمة الله ودفع الشر عن عباد الله فاذا حصل المقصود
بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد فهو واجب على الجميع وجميعهم
اثم بتركه واما اصل الفريضة فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر وما
شابه ذلك من الايات المشتملة على الامر بقتال الكفار ولقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله

الا الله ولقوله الجهاد ماض الى يوم القيمة المراد به فرضا باقيا وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولكن كان فيه اجماعا فا
حتى يحتاج الى القتال فيطلب الاعيان اي يفترض الجهاد فرض عين فيجب على الكل كالصلوة واختلف المشايخ رحمهم الله في ذلك
قال بعضهم واجب على المسلمين واذا كان النفير عاما فهو فريضة وهذا القائل فرق بين الواجب والفرض وقال
بعضهم الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين وعامة المشايخ قالوا الجهاد فرض على كل حال غير
انه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين وهو الصحيح ومعنى النفير ان يخبر اهل المدينة ان العدو
قد جاء يريد انفسكم وذراريكم واموالكم فاذا اخبر على هذا الوجه افترض على كل من قدر على الجهاد وقبل
هذا الخبر كانوا في سعة من ان يخرجوا وان بلغ خبر النفير انما يفترض فرض عين على من كان قرب من العدو
وهم يقدرون على الجهاد والناس وراءهم بعد من العدو فانه يفترض عليهم فرض كفاية فاذا احتيج اليهم
بان عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة او تكاسلوا ولم يجاهدوا فيفترض على من يليهم كالصوم والصلوة
ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الارض شرقا وغربا على الترتيب نظيره الصلوة على الميت فان مات في ناحية
من نواحي البلد فعلى جيرانه واهل محلته ان يقوموا باسبابه والصلوة عليه ودفنه فان لم يقوموا فعلى الاقرب
فالاقرب على من كان شرقا وغربا ويجب قتال الكفار وان لم يبدءوا في جميع الاوقات وفي الاماكن كلها لعموم النصوص
الواردة في حق الجهاد واما حرمة القتال في اشهر الحرم فقد نسخ بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولا يجب الجهاد على صبي لسقوط التكليف عنه ولا على عبد لاشتغاله بخدمة المولى ولا على امرأة لاشتغالها
بخدمة الزوج وحق العبد مقدم لاحتياجه على حق الشرع ولا على اعمى ولا مقعد ولا اقطع واذا هجم العدو
اي غلب تعين على الكل دفعه وصار الجهاد فرض عين لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي اخرجوا الى الجهاد
شبابا وشيوخا او ركبانا ومشاة وتخرج المرأة والعبد بغير اذن الزوج والمولى لان حق العبد لا يظهر في
مقابلة فرض عين وكره الجعل وفي المغرب الجعل ما يجعل للعامل على عمله ثم سمي ما يعطى المجاهد ليستعين به على جهاده
جعلا ان يأخذ الامام من المسلمين فيعطي الغزاة المحتاجين لحاجتهم الى الطعام والكراع وليس لهم شيء ولا
كفاية من بيت المال فيتحمل الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى وقد صح ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان عند الحاجة
بغير رضاه وعمر رضي الله عنه اخذ الفرس القاعد واعطى الغازي وهذا الصنيع مكروه ان لم يكن للمسلمين حاجة بان يكون
شيء في بيت المال فلا ضرورة الى ذلك واذا حاصر المسلمون اهل الحرب دعوهم الى الاسلام لما روي ان ابن عباس رضي الله عنهما
ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام لامكان اجابتهم اليه بمجرد الدعوة فان اسلموا كفوا عنهم اي امتنع المسلمون عن
قتالهم وان امتنعوا دعوهم الى الجزية لانه عليه السلام امر هكذا لكن كانوا من اهلها اي من اهل الجزية كاهل الكتاب
والمجوس وعبدة الاوثان من العجم فان المرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا تقبل الجزية منهم فيقاتلهم المسلمون الى

ان يسلموا كما قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها اي قبلوا الجزية واعطوها كان لهم ما لنا وعليهم ما علينا
اي يكون اموالهم ودماؤهم محفوظة كاموالنا ودمائنا لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا الاعطاء في الآية حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
ويجب دعاء من لم يبلغه الدعوة ليعلموا انهم ليسوا لصوصا انما غرضهم الدين لا الدنيا ويستحب دعاء من بلغته
للمبالغة في الانذار وانما لم يجب لما روي انه عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون ولا يكون مع الدعوة وفي المحيط
وجوب الدعوة كان في الابتداء وفي زماننا شاع الاسلام وعرف كل كافر وقام شيوعه مقام الدعوة فحلت القتال
قبل الدعوة وفي شرح الطحاوي يتخير الامام ان شاء دعاهم وان شاء لم يدعهم في زماننا وقد بلغت الدعوة مرة اخرى
للتاكيد والدعوة انما تستحب بشرطين احدهما ان لا يكون في تقديم الدعوة ضرر للمسلمين بان يستعدوا القتال
للمسلمين او يحتالون بحيلة او يتحصنون فح لا يستحب تقديم الدعوة الثاني ان يطمع منهم قبول الدعوة واما اذا لم
يطمع قبولها لا تستحب الدعوة كما قال مشايخنا في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر انما يلزم اذا كان يعلم انه لو وعظ
يتعظ بها اما اذا لم يتعظ فلا يلزمه ذلك فلا يصير تركها اثما فان ابوا عن قبول الجزية استعانوا بالله عليهم وانما قدم
الاستعانة لان امر تقوية الناصر لاوليائه والخاذل لاعدائه والقيه معاقد الامور فيتعقبه بعد ولاء اي على قتالهم
وحاربوهم اي المسلمون الكفار ونصبوا عليهم المجانيق وحرقوهم وغرقوهم وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم
لما روي انه عليه السلام فعل هكذا وفي قول من الشافعي لم يكن فيفعل بهم ما يفعلوا معنا كذا في الينابيع ولنا ان
في ذلك الحاق الكبت والغيظ لهم وتفريق جمعهم وتبديل شملهم فيكون مشروعا ورموهم اي المسلمون الكفار
وان تترسوا اي جعلوا اتراسا باسارى المسلمين وعند الثلثة لا كذا في الينابيع لنا ان بلاد الحرب لا يخلو
من اسارى المسلمين وتجارهم فلو امتنع القتال بذلك لانسد باب الجهاد وقصدوا الكفار لانهم اذا لم يقدروا على
التمييز فنية الطاعة بحسب الطاقة واما قتلنا من الاسارى فيكون مباحا مطلقا لا خطاء استحسانا وقال الشافعي
فيه الدية والكفارة لان هذا في صورة القتل خطا وهو القياس لانه عليه السلام ليس في الاسلام مفرج اي مبطل
وقال محمد رحمه الله هذا هو القتيل الذي وجد في ارض فلاة لا يكون عنده قرية فانه يؤدي ديته من بيت المال ولا يبطل
دم وقد نص من هذا الحديث قطاع الطريق والبغاة فيجوز تخصيصه بالقياس فلا دية علينا ولا كفارة لان
الجهاد فرض ولو تعلق بغرامة لامتنعوا عن الاقدام عليه ولا بأس باخراج المصاحف والنساء في عسكر عظيم لان الغالب
فيه السلامة وما روي انه عليه السلام قال لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو فمحمول على القليل منهم دون سرية
اي لا يخرجون مصحفا ولا امراة في سرية لا يؤمن عليها العدو مخافة ان يقع في ايديهم وينبغي ان لا يغدروا
اي لا ينقضوا عهودهم ولا يغلوا اي لا يسرقوا من المغنم ولا يمثلوا اي لا يقطعوا اعضاء الكفار لورود النهي عن

كل منها والمثلة المروية عن النبي عليه السلام في قصة العرنيين نسخت بالنهي المتأخر عنه ولا يقتلون صبيا ولا امراة
الا ملكة انما استثناها لانها سبب الفتنة تمامها وكذا الصبي اذا كان ملكا ولا شيخا كبيرا المراد به من لا يقدر على
القتال وكذا لا يقدر على الصياح عند التقاء الجمعين اذ لو كان يقدر على الصياح يقتل لان بصياحه يحرضهم
على القتال يقتل ولا على الاحبال اذ لو قدر على الاحبال يقتل كيلا يجيء منه ولد فيحارب المسلمين كذا في الذخيرة الا
اذا كان ذا راي في الحرب لانه برايه صار كالقاتل وقد روي انه عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان مضى عليه مائة وعشرون
سنة وفي رواية ثلثمائة وستين سنة لكونه صاحب رأي في الحرب لا يقتل الاعمى والمقعد والمجنون الا عندنا
لان المبيح للقتل القتال والشافعي رحمه الله تعالى خالفنا في هؤلاء لان المبيح للقتل عنده الكفر وهو موجود لنا ما روي
انه عليه السلام نهى عن قتلهم واما الذي يجن ويفيق فانه يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل
وان لم يقاتل لانه يمكن غالبا ان يقاتل ولا يقتل مسلم اصوله الا الذي يقصد واحد منهم قتله فان الابن حينئذ لا محالة
يؤثر حيوة نفسه على حيوة ابيه فله ذلك وعن الشافعي يكره ذي رحم محرم كذا في الينابيع ومن قاتل منهم قتل دفعا
والمجنون والصبي يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة واذا نزلوا
اي اذا حاصر المسلمون اهل حصن فنزلوا على حكم الله تعالى قال ابو يوسف رحمه الله القتل والاسترقاق او ابقاؤهم احرارا انه يتنا
اي الامام مخير عنده بين ان يقتلهم او يجعلهم اسارى او ذمة ليس لصلحتنا وعند محمد رحمه الله الثالث بوضع
الجزية عليهم وعلى اراضيهم الخراج لان النزول على حكم الله غير جائز لما روي انه عليه السلام قال لامير الجيش
اذا حاصرت اهل حصن فان ارادوك ان تنزلهم فانك لا تدري ما حكم الله فيهم فانزل على حكمك فاذا لم يعلم يقينا لحكم
الله تعالى لم يحكموا الا الاسهل عليهم وهو تركهم احرارا اهل الذمة ولابي يوسف رحمه الله ان حكم الله تعالى فيه معلوم وهو احد
الثلثة والامام مخير في تعيينها لاستقرار الشريعة بعلمها اوورا كان في بعد لها الاسلام وكان لحكم الله تعالى
متجدد فلم يبعدون من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدري ما حدث بعده من الوحي ودار الاسلام لا يصير دارا
اي دار حرب عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يتغلب اهل الحرب على دار من دور المسلمين او ارتد اهل مصر وغلبوا واجروا فيها احكام
الكفر او نقض الذميون عهدهم فغلبوا على دارهم الا بثلث امان اهلها بان لا يبقى فيها مؤمن ولا ذمي
امنا بامانه الذي كان ثابتا قبل استيلاء الكفار لان البقاء على الامان الاول دليل على بقاء القهر لاهل الاسلام
ويتصل بدار الحرب يظهر فيها احكام الكفر على الاشتهار وزاد بعض المشايخ المتاخرين بان نصبوا لمن
بان نصبوا فيه قاضيا كافرا لان حكم الاسلام اذا بقي فيهم يكون خارجا لحكم الكفر فلا يكون الدار تابعة للكفر
واكتفيا بالثالث اي اذا وجد الشرط الثالث وهو اجراء احكام الكفار يكون كافيا في صيرورتها دار كفر وانقطاعها
عن دار الاسلام كما في العكس اي كما صارت دار الحرب دار الاسلام بعلة واحدة باظهار الحكم اما البلاد التي في ايدي الكفرة

فى زماننا لا شك انها بلاد الاسلام لانهم لم يظهر واعليها حكم الكفر بل القضاة فيها مسلمون كذا فى الحقايق قال
بعض المتاخرين وكذا اذا تحقق الشرايط المذكورة فى مصر حتى صار فى حكم دار الحرب ثم حصل لاهلها الامان
ونصب به قاضى مسلم ينفذ احكام الاسلام الى دار الاسلام فمن ظفر من الملاك الاقدمين بشيء من ماله بعينه
فهو له بغير شيء ومن ظفر بعد ما باعه مسلم او كافر اخذه من مسلم او ذمي اخذه بالثمن ان شاء ومن ظفر من ماله
بعينه بعد ما وهبه مسلم او كافر لمسلم او ذمي وسلم اليه ياخذه بالقيمة

فصل

فى الموادعة ومن يجوز
امانه واذا كان فى الموادعة اى المصالحة وترك القتال مصلحة للمسلمين لضعفهم فلا باس بها لقوله تعالى وان جنحوا
للسلم فاجنح لها واما اذا مالوا للصلح للمصالحة ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على
ان وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين والحديبية بتخفيف الياء الثانية وقد تشدد موضع قريب من مكة
وعند الشافعي يوادعهم الى اربعة اشهر فقط بغير ضعف وبه اكثر من سنة كذا فى العيني وان لم يوجد فيها المصلحة
لا ينبغى لهم ان يصالحوا لان فيها ترك الجهاد صورة ومعنى كذا فى العناية وان انعكست اى ان كان المصلحة
للكفار فى الموادعة وراى الامام نقضها انفع للمسلمين نبذ اليهم اى نقض صلحهم لما روى انه عليه السلام نقض
الموادعة التى بينه وبين اهل مكة ولا بد من اعلامهم واعتبار مدة يبلغ خبر النبذ اليهم فيتمكنون من جميع
عسكرهم لئلا يكون غدرا لهم وان كانت الموادعة موقتة فلا باس بالاغارة بعد الانتهاء وان بدؤا الخيانة حتى قوتلوا
قوتلوا من غير نبذ ولو دخل جماعة منهم دارنا وقطعوا طريقنا بغير اذن ملكهم ولا متعلم لا يكون نقضا للعهد
ولو كان لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم ولو كان باذن ملكهم صار وا ناقضين
للعهد ولو وادع الامام بشرط رد من يخرج الينا من رجال الكفار وزاد شرطا الجعلية والاحرار لم يبطل الشافعي الحكم
فان المراة اذا هاجرت الينا مسلمة لا تحل وضع ولا يصح شرط ذلك عنده وفى وجوب اذا العبد فى تخريجه والحوالى
ولا عشيرة وجهان ذكره صاحب الوجيز نحن نبطل اى اذا صالحنا اهل الحرب وشرطوا ان ترد عليهم من
جاءنا مسلما لا يجوز وقال الشافعي يجوز لان النبي عليه السلام وادع اهل مكة ان لا يقاتلهم عشر سنين
وان يرد عليهم من جاء مسلما منهم ولنا ان هذا صلح متضمن ترك فرض وارتكاب محظور فلا يجوز لان الامتناع
عن تسليمه الى الكافر فرض وتسليط الكافر على مسلم محظور فان وادع الامام بمال ياخذ بينهم للحاجة اى لحاجة
المسلمين كان كالجزية اى يصرف الماخوذ مصارف الجزية قبل حصارهم لان المسلمين لم ينزلوا بساحتهم
كالغنيمة بعده اى اذا حاصرهم المسلمون واخذوا منهم مالا يكون غنيمة لانه اخذ منه بالعجز واذا طلبوا
من الامام الموادعة على ان يؤدى الى المسلمين شيئا معلوما على ان لا يجرى احكام الاسلام فى بلادهم كاهل
الافلاق والبغداد وجزيرة ساقز لا يفعل الا ان يكون خيرا للمسلمين والماخوذ من بيت المال يصرف الى مصارف

الجزية فلا خمس فيه سواء كان العسكر فى دار الاسلام او توجه اليهم ولم ينزلوا بساحتهم بل ارسل رسولا اليهم واما
اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها الامام ويقسم الباقى بينهم قال محمد بن الحسن لو بعث ملك العدو
من الهدية الى امير الجيش او الى الامام وهو مع الجيش لا باس بقبولها وصرفها الى مصالح المسلمين فهذه الهدية غنيمة
يقسمها الامير بين الغانمين وكذلك كل ما اهدى الى قايد من قواد المسلمين لان اثبته ومنعه لا يختص بها بل
يكون لها ولمن كان تحت رايته ولو اهدى الى واحد من مبارز المسلمين ليس له منعة يختص بها بخلاف اذا
اهدى الى واحد من الحكام والقضاة فان ذلك لا يسلم بل الرشوة لا يبعث الى المهدى ان قدر عليه وان عجز عنه
يضعه فى بيت المال وهدايا امير زماننا الى الحكام بخلاف هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فان هداياه كانت لرسول
الله صلى الله عليه وسلم على الخصوص كذا فى تاتارخانية ولا يجوز دفع المال اليهم اى الى الكفار اذا حاصروا البلاد وطلبوا
اى ان يصالحوا الامام لان فيه ذلة للمسلمين الا لخوف الهلاك اى هلاكهم وهلاك نفس ساير المؤمنين اذا
خافوا على انفسهم يجوز دفع المال اليهم لما روى انه عليه السلام صالح الاحزاب حين حاصروا المدينة على ثلث ثمار المدينة
فابوا الا النصف فقام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان هذا
عن وحى الله فامض ما امرت به وان كان رايا رايته فكنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون
فى ثمار المدينة الا بقرى او شرى فاذا اعزنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسولا فلا نعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام
انى رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا فلا
نعطيكم الا السيف فمال عليه السلام الى الصلح فى الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين راى القوة فيهم
قال السعدان امتنع عن ذلك ويوادع المرتدين لينظر فى امرهم لان الاسلام مرجو منهم بغير مال لان فى اخذ المال
منهم تقريرا لهم وذا غير جائز فان اخذ الامام منهم المال لم يرده لان فى رده معونة لهم على القتال ويكره بيع
السلاح والكراع اى الفرس والحديد من اهل الحرب لان فى ذلك تقوية لهم على قتال المسلمين وفى التبيين بيع الحديد
من البغاة جائز والفرق ان اهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان افسادهم فى شرف الزوال ويكره تجهيزه
اليهم اى حمل ما ذكر من السلاح وغيره وتجهيزها اليهم قبل الموادعة وبعدها لان موادعتهم على انتقاض بنبذ العهد
وكان الشيخان يكره بيع الطعام والشراب منهم لكنه جاز لما روى ان ثمامة سيد اهل اليمامة قطع الميرة عن اهل
مكة حتى قحطوا فاستشفعوا النبي عليه السلام فى ذلك فامره ان يميرهم واذا امن اى اعطى الامان حر او حرة
امن اى مسلم من ادنى المسلمين يتعدى الامان الى الغير الذى من اهل لا الاسلام كما فى شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم او لا
ثم يتعدى الى غيره كافرا او حصنا او مدينة اى اهلها امتنع قتالهم لقوله عليه السلام المؤمنون يتكافؤ دماؤهم
اى يتماثل فى القصاص والديات ويسعى بذمتهم ادناهم اى يعطى الامان اقلهم حالا وهو العبد وهو ادنى المسلمين

اى انا اميرهم الطعام

الدنانة وقيل المراد اقلهم لانه قد يذكر الادنى ويراد به الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر الا هو معهم اين ما كانوا فينقض اي الامان في امانه فساد في راي الامام فينبذ اليهم ويؤدبه الامام ذلك الواحد ولا يصح امان ذمي لانه متهم في ذلك الا عند مالك رحمه الله تعالى فانه يصح كذا في العيني ولا اسير ولا تاجر فيهم ولا من اسلم عندهم اي عند الكفار وهو فيهم اي من لم يخرج الى دار الاسلام لانهم مقهورون تحت ايديهم فالظاهر انهم يكونون على الامان الا على الشافعية في وجه لانه يخاف من جهتهم فلا يعتبر وكذا العبد المحجور عن القتال لا يجوز امانه عند ابي حنيفة رحمه الله وكان جائز قول الثلاثة الا عند مالك رحمه الله في رواية كذا في العيني لان قوله عليه السلام امان العبد امان ولابي حنيفة رحمه الله ان صحة الامان منوط بالحرية والمحجور محظور عليه لانه لا يباشر القتال لعدم خبرته بالامان وفي تجويزه سد باب الاستغنام الاسترقاق والماذون مخيرا او كان عوضا والايمان المرتد في عقد الذمة ولا الاجماع يباشر القتال فيعرف الخبرة ظاهر ويوافقنا ابو يوسف رحمه الله في رواية مع محمد في رواية ومع ابي حنيفة رحمه الله في رواية وامان الصبي العاقل المحجور عن القتال مختلف فيه كالعبد المحجور واما الصبي الماذون له فيه فيصح بالاجماع في الاصح واما الصبي الغير العاقل لا يصح كالمجنون **فصل** في الغنايم وقسمتها اذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا وغلبة قسمها ان شاء بين الغانمين كما فعل عليه السلام كذلك في فتح خيبر وان شاء خير وضع الخراج والجزية على اراضيهم وعليهم بان يقرر اهلها احرارا والاراضي مملوكة لهم ويضع الخراج على اراضيهم والجزية على رؤسهم وان آجر الدور والعقار منهم كل سنة باجر معلوم جاز في قولهم جميعا ولو وضع الخراج على رؤسهم جاز ايضا كذا في قاضيخان وفي شرح الطحاوي وفي الكافي قسم وترك الاراضي وجعلها بمنزلة الوقف على المقاتلة ابدا وهو قول الشافعي ولمحمد رحمه الله اذا تطيب قلوب الغانمين بوقفها وهو مالك واحمد رحمه الله تصير وقفا علينا بنفس الظهور كذا في العيني ولنا انه يحتمل اليها قوما آخرين من اهل الذمة كما فعل عمر رضي الله عنه وادي القرى وبني نجران ولا يفعل ذلك الا بعد العذر في زماننا لانه يخاف الامام على اهل الذمة تضعيفهم وعجزهم عن الدفع او يخاف عن المسلمين ان يصير اهل الذمة عونا للكفرة ويخبرهم تدبيرات المسلمين واحوالهم بالكفرة في حال تغلبهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول احمد رحمه الله في رواية فيقسم الاراضي ايضا لانها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم فلا يجوز ابطال حقهم بلا بدل يعدله والخراج لقلته لا يعدله بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حق الغانمين بقتلهم فبالعوض القليل اولى وعند مالك رحمه الله لا يتركهم احرارا ذمة لنا ولنا ان النبي عليه السلام فعل كذا باهل مكة وقد فتحها عنوة وهو المشهور لا صلحا وترك لهم املاكهم منا عليهم ويدل عليه قوله من دخل دار ابي سفيان فهو آمن ومن القى السلاح فهو آمن فهذا يدل على المقاتلة ويؤيده قوله احلت لي القتال ساعة ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل واما عدم مقاتلتهم فمن كثرة غيهم وانفرادهم ويقسم الامام بين الغانمين المنقول بعدما من عليهم برقابهم واراضيهم ويقتل الاسارى اي الامام

مخير في الاسارى بين هذه الثلثة الا ان يقتلهم حسما لمادة الفساد او يسترقهم توفيرا للمنفعة على المؤمنين او يتركهم اهل الذمة ويضع عليهم الخراج وان قتل الرجال وقسم النساء والذراري واموالهم بينهم جاز ولو شاء من عليهم برقابهم واولادهم واموالهم ووضع على رؤسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج جاز كما فعل عمر رضي الله عنه باهل العراق ولا يردهم الامام الاسارى الى دار الحرب لئلا يتقوى بهم الكفرة على المسلمين والامام لا يفاديهم اي لا يعطيهم الكفار اسارا لم ياخذ بدلهم الا منهم او اسارا ناعنهم عند ابي حنيفة رحمه الله ولا جاز له باسارى المسلمين اي جاز له ان يفدى اساريهم باسارى المسلمين وهو قول الثلثة كذا في العيني لان فيه تخليص المسلم عن يد الكافر وذلك اولى من قتل الكافر او الانتفاع به وله ان في عود الاسارى اليهم تقوية لهم ودفعها اولى من استيفاء الاسير المسلم لان ابقاءه في ايديهم ابتلاء له من الله تعالى غير مضاف الى فعلنا والتقوية مضاف الينا فلا يجوز وفي لا يجيز المفاداة بالمال في النقل المشهور من ايمتنا لان فيه اعانة لهم وقيل جوزه المنبي محمد رحمه الله اذا احتاج المسلمون مستدلا باسارى بدر ولا المن عليهم اي لا يجوز ان يطلقهم مجانا عليهم وقال الشافعي رحمه الله كلا الامرين جائز لقوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وله في جواز المن ما فعل عليه السلام من المن على بعض الاسارى يوم بدر ولنا ان حق الغانمين ثبت في الاسارى فلا يجوز ابطال حقهم بلا عوض وما تلاه منسوخ بقوله تعالى اقتلوهم حيث وجدتموهم واذا تعذر نقل المواشي في العود اي عود الامام الى دار الاسلام نحن لا نتركها اي تلك المواشي في دار الحرب وقال الشافعي رحمه الله يتركها وهو قول احمد كذا في العيني لان ذبحها الا للاكل منهي عنه ولنا ان ذبح الحيوان بغرض صحيح جائز وفي ذبحها كسر شوكة الاعداء وانما يحرق بعد الذبح فلتنقطع مادة الانتفاع بها وايمتنا وان في نهيهم انهم يتضررون ولا عقرها وقال مالك رحمه الله يعقر مواشيهم بضرب قوائمها بالسيف لئلا يعود الى الكفار فيسمعوا بها فتذبح مواشيهم عندنا ثم تحرق بالنار ولنا ان العقر مثلة منهي عنه بل الذبح ثم تحرق لان التحريق قبل الذبح تعذيب للحيوان وهو منهي عنه ونحن لا نقسم غنيمة الا في دارنا وهو قول مالك كذا في العيني وقال محمد رحمه الله لا ينبغي ان يقسم ولو قسم فيها ثبت الملك كذا في الهداية وقال الشافعي رحمه الله وهو قول احمد كذا في العيني لا باس بقسمتها في دار الحرب لما روي ان النبي عليه السلام قسم غنايم خيبر وغنايم اوطاس ولنا ان سبب الملك هو الاستيلاء وهو انما يوجد بالاحراز بدار الاسلام لان قبله احتمال الاسترداد من ايدي الغانمين وما رواه محمول على انه قسمتها في تلك المواضع بعدما صارت دار الاسلام والخلاف في قبل الخلاف في جواز القسمة عندهما وعند محمد رحمه الله في كراهتها تنزيهية وقيل موضع الخلاف ترتب الحكم على القسمة اذا قسم لا اجتهاد فيه ولو كانت باجتهاد يجوز ويثبت الملك لهم بالاجماع وسوى الردء وهو المعين والمقاتل في النصيب لاستوائهما في السبب وهو مجاوزة الدرب الفاصل وعند الشافعي رحمه الله السبب هو شهود الحرب فعلى هذا لو كان يقاتل لمرض او غيره لا يستوى ولو لحقهم اي العسكر في دار الحرب المدد اي الجماعة المدد قبل احرازها نحن نشاركهم

معهم ولو بعد القتال لو سعى للوصل سواء انقضى القتال اولا وقال الشافعى رحمه الله لا يشاركونهم بعد انقضاء القتال

وانما يشاركهم اذا شهد الوقعة وهو قول مالك واحمد كذا فى العينى لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة فمن

لم يحضر لا يستحق المال ولنا ان السبب مجاوزة الدرب لقصد القتال وقد وجد منهم ولا حق لاهل السوق

اى سوق العسكر حتى يقاتلوا لان قصدهم بالمجاوزة لا اعزاز الدين وان لم يكن حمولة اى ان لم يوجد فى الغنم

او فى بيت المال دابة يحملها الى دار الاسلام قسمها الامام الغنيمة بين الغانمين ايداعا اى على وجه الوديعة

ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرجعها فى الدار فيقسمها ولو كان لبعض الغانمين حمولة ولا يجبرهم على حملها فى

رواية السير الصغير ويجبرهم فى رواية السير الكبير دفعا للضرر العام بتحميل الضرر الخاص ولا يباع

الغنايم قبل القسمة لان الملك قبلها لا يثبت والبيع يستدعى سبق الملك ومن مات فى دارهم قبل احراز الغنيمة نحو

لا نورث نصيبه وقال الشافعى رحمه الله يورث نصيبه وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا فى العينى وهذا الخلاف مبنى

على ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت لان ايدى الغانمين وردت

على مال مباح فيثبت الملك كالاحتطاب ولنا ان النبى عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب فالقسمة يكون

منهية لان فيها معنى البيع باعتبار مبادلة الانصباء ومحل الخلاف ان يموت بعد استقرار الهزيمة قبل القسمة

فلو مات بعد الاصابة فى فوز الهزيمة لا يورث نصيبه بالاجماع لان سبب الملك لا يتم بلا خلاف فلو مات بعد الاحراز

قبل القسمة وبعدها يورث نصيبه بالاجماع وكذا لو مات بعد القسمة فى دار الحرب لان القسمة بمنزلة الاحراز كذا فى

ولو وطى جارية من السبية فولدت فادعاه نحو لا تثبت اى النسب لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الامة والولد والعقر

بين الغانمين وقال الشافعى رحمه الله يثبت النسب منه لثبوت الملك وصارت ام ولد له ويورث نصيب الغانم اذا مات

بعد الاحراز لان الملك يثبت بعد الاحراز الغنيمة الى دار الاسلام بالاجماع ولا باس بعلف العسكر اى بان يعلف

العسكر دوابهم فى دار الحرب واكلهم ما وجدوه من طعام قبل القسمة لما روى انه عليه السلام قال فى طعام خيبر كلوها

واعلفوها ولا تحملوها وفى المحيط انه وجد غنما من المغنم واكلوها ردوا جلودها فى الغنيمة والاستعمال دهن اى كان

باستعماله وطيب مطلقا فى جميعها عند مالك رحمه الله لا غير القوت كذا فى العينى وفى الايضاح لا يتناولون الادوية

ودهن البنفسج والسكر والفانيد وما لا يؤكل لا ينتفع به قليلا كان او كثيرا لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط

وتوقيح دابة بالواو وهو تصليب حوافرها بالشحم المذاب اذا رقت من كثرة المشى وفى الكفاية يجوز للغانم ان ياخذ من

طعام الغنيمة لعبيده الذى دخلوا معه مقدار ما يكفيهم ومن دخل دار الحرب للتجارة او للخدمة باجرة لا يباح

التناول من الغنيمة والتقييد بالحاجة رواية عن ابى حنيفة رحمه الله اى انما يجوز للغانم ما ذكر اذا احتاج اليه

حقيقة فيستعمل ثم يرده الى الغنيمة عند الاستغناء لانه مال مشترك بين جماعة ويقاتلون بسلاحهم اى بالسلاح

اى بالسلاح الذى فى الغنيمة بالحاجة اى اذا احتاجوا بان لم يجدوا سلاحا حتى لو قاتلوا بسلاح الغنيمة لصيانة

سلاحهم لا يجوز فلا يبيعوا اى الغزاة وفى الكافى اى بما اخذوا من الغنيمة شيئا لا نعدام الملكيم قبل الاحراز فان بيع

رد الثمن الى الغنيمة ومن اسلم منهم من الكفار فى دارهم سواء كان قبل تمام انهزام الكفار او بعده وعند الثلثة

يعتبر اسلامه قبل تمام الانهزام فيحرز جميع ماله وزوجها وحملها وطفله كذا فى العينى احرز نفسه وولده الصغير وماله

الذى فى يده ووديعة فى يد مسلم او ذمى لان يد المودع كيد المودع ولو هاجر الى دار الاسلام فاسلم لا يحرز ماله ولم

فيها كذا فى الظهيرية ولو كان وديعة فى يد حربى فهو فيء عند ابى حنيفة رحمه الله كما يجىء عن قريب اذا ظهرنا عليهم اى غلبنا

على الكفار كانت زوجته اى زوجة من اسلم وولده الكبير وحملها فى دار الحرب وعبده المقاتل فيئا والفئ اسم لكل

ما صار للمسلمين من اموال الكفرة كذا روى عن على بن عيسى والغنيمة اخص منه والنفل اخص منها اما كون زوجته

فيئا فلانها حربية غير تابعة له فى الاسلام والمعبد فكانه يقاتله صار متمردا على مولاه وملحقا باهل الدار وقال

الشافعى رحمه الله وحملها من اسلم تابع لابيه وعقاره اى عقار من اسلم فى دار الحرب اذا ظهرنا عليهم فى عند ابى حنيفة

لان عقاره ليس فى يده حقيقة لان الدار فى يد السلطان واهل الدار والعقار يتبع له والاستيلاء الغانمين

على الدار يبطل ايدى اهلها فكان ايديهم اقوى من يده فيصير غنيمة والفرق بين الفئ والغنيمة ان الغنيمة اسم

المال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه اعلاء كلمة الله والفئ اسم المال المصاب من اموالهم بعد ما صار الدار دار

الاسلام بغير قتال وحكم الاول الخمس والباقى للغانمين وحكم الثانى ان يكون لكافة المسلمين كالخراج ونحوه وفى

محمد ابا حنيفة رحمهما الله فى رواية وجعل محمد رحمه الله عقار من اسلم له فى رواية اخرى كالمنقول بناء على ان اليد حقيقة

يثبت على العقار عنده فيكون معصومة ويوافق ابو يوسف رحمه الله القول الاول ابا حنيفة رحمه الله فى قوله الثانى رحمه الله

الثانى اى قول محمد رحمه الله فى قوله الاول لان الضمير فى قوله فى المختصر لابى يوسف رحمه الله ووديعة اى وديعة من اسلم

فى يد حربى فى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا لان يد المودع يده حكما ولو كانت فى يده حقيقة لم يكن فيئا

فكذا اذا كانت فى يده حكما وله ان يد الحربى ليست معصومة لانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه

الوديعة ويدى اودعه معصومة فكيف يقوم غير المعصومة مقامه واما غصب اى غصب من اسلم منا او ذمى ودار

الحرب الحال سواى للمغصوب فى يد مسلم او ذمى فى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا لان نفسه لما عصمت بالاسلام

يعصم ماله تبعا له واما غصب حربى فهو فى بالاجماع وله ان النفس خلقت معصومة فى الاصل لكونها بنية الرب

وانما حل تعارضها الكفرة وحربها فاذا زال المانع بالاسلام عملنا بالاصل واما المال فمخلوق للتملك والانتفاع

وانما حرم تعرضه اذا كان فى يد المالك او فى يد مودعه وهنا لم يوجد فصار استيلاؤهم مباحا فصار فيئا هكذا ذكر

الاختلاف فى السير الكبير ويوافق ابو يوسف رحمه الله ابا حنيفة رحمه الله فى رواية اى رواية الجامع الصغير وانه خرجا

من دارهم اى الغانمون من دار الحرب لم يعلفوا من الغنيمة ولا تاكلوا منها لان حق الغانمين استقر فيها ولهذا يورث عنها فلم يجز الانتفاع بدون الاذن ويرد الفاضل من الطعام والعلف التى اخذ وها قبل القسمة اليها اى الى الغنيمة ويتصدق به بعدها اى بما فضل من الطعام والعلف فى ايدى الغانمين بعد القسمة ان كان غنيا وانتفع ان كان فقيرا لانه صار كاللقطة لتعذر رده على الغانمين وان انتفع به بعد الاحراز يؤدى قيمته الى المغنم قبل القسمة واما بعدها فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شئ عليه

فصل

فى كيفية القسمة

يقسم اربعة الاخماس بين الغانمين بعد ما قسمت الغنيمة خمسة اسهم وافرز خمسها لله تعالى ولرسوله لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وسياتى كيفية القسمة عليهم للفارس سهمان ولو له فرسان عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا له ثلثة اسهم وهو قول الثلثة كذا فى العيون لما روى ان عبد الله بن العمر ان النبى عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم سهمان له وسهمين لفرسه وللراجل سهم وله ما روى عبيد الله بن العمر ان النبى عليه السلام قسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه وعبيد الله اوثق من اخيه ولئن استويا تعارضا فتساقطا فنوخذ برواية ابن عباس رضى الله عنه ان النبى عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما ويعطى للراجل سهما ويسهم ابو يوسف رحمه الله لفرسين اى يجوز ان يعطى الامام لمن له فرسان خمسة اسهم وقالا يسهم لواحد اى لفرس واحد فقط اى يعطى لفرس واحد سهمان له وعنه ان النبى عليه السلام اسهم للزبير خمسة اسهم سهما له وسهمين لفرس ولهما ما روى ان البراء بن اوس قاد فرسين ولم يسهم النبى عليه السلام الا لواحد وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل ويتساوى البراذين جمع برذون وهو فرس العجم تركى ومولد ثبه البليد والعتاق فى السهم وهو جمع عتيق وهو فرس جواد وانما تساوى لان فى البرذون قوة الحمل والصبر وفى العتيق قوة الطلب والفر فلكل منهما جنس منفعة وفيه احتراز عن قال لا سهم للبرذون كالبغل وعن احمد للعتاق سهمان كذا فى العيون ولا سهم للبغل لانه لا يقاتل عليه ولا يصلح للطلب والهرب ولا للراحلة اى لا سهم لها لانها لعجز عن القتال وان جاز ان ما فانه مبنى على شبهة القتال لا حقيقته الا ان يقاتل حقيقة فلها الاجر كما فى العبد وغيره نعتبر حال مجاوزة الدرب وهو المضيق بين دار الاسلام ودار الحرب فى عدم الاستحقاق لا انقضاء الحرب نفى لقول الشافعى رحمه الله فانه قال يعتبر حال انقضاء الحرب وهو قول مالك واحمد رحمهما الله فانهم قالوا انما الاستحقاق بشهود الوقعة وعدم الاستحقاق بانقضاء الحرب فمن دخل دارهم هذا تفريع لمذهبنا فارسا فنفق فرسه اى هلك استحق سهم الفرسان باعتبار المجاوزة ثم باع فرسا او وهبه او اجره او رهنه ففى رواية الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله يستحق سهم الفرسان باعتبار الحال وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الراجل لان الاقدام على هذه التصرف يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة للقتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان بالاجماع كذا فى الهداية فارس ورجل راجلا فاشترى فرسا فهم راجل

اى استحق ولو دخل راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وروى عن ابن المبارك عن ابى حنيفة رحمه الله انه له سهم فارس وفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا فى المحيط ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او فى السفينة استحق سهم الفرسان بالاجماع كذا فى الحقايق وان سبب الاستحقاق هو القهر والقتال وشهود الوقعة اقرب اليه من مجاوزة الدرب ولنا ان المقصود بالخيل ارهاب العدو والمباشرة القتال وهما يحصلان قبل انقضاء الحرب لا بعده فالسبب الظاهر هو مجاوزة الدرب على قصد القتال لان الامام يكتب اسامى الفرسان والرجالة فينتشر الخبر فى دارهم فلعتبار تلك الحالة اولى لانه تتعذر على الامام بعد متعذر او متعسر ولو باع فرسا او رهنه او اجره بعد المجاوزة يستحق سهم الفارس فى رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وفى ظاهر الرواية يستحق عنده سهم الراجل لان اقدامه على هذه التصرفات دليل على انه لم يقصد بالمجاوزة الجهاد ويرضخ لعبد اى يعطى من المغنم ومكاتب وصبى وذمى يقاتلون بما يراه الامام الجار والمجرور متعلق بيرضخ لما روى ان ابن عمر رضى الله عنه فعل هكذا ولو لم يقاتلوا لا يستحقون شيئا لان العبد والمكاتب مشغول بخدمة المولى والصبى عاجز ويدل الذمى على الطريق عطف على قوله يقاتلون اى انما يرضخ بالقتال او بالدلالة على الطريق لان فى ذلك منفعة للمسلمين وافاد الضمير لدلالته يجوز ان يزيد على السهم لو كانت منفعة عظيمة لان فى ذلك من عمل الجهاد واذا رضخ لقتاله بجازه لا يبلغ به نصيب المسلم حط للرتبة ويرضخ للمراة تقوم بالاهور الجرحى والمرضى حتى تجد ما تركه الامام بها من غير الخمس وعند الشافعى رحمه الله من الخمس لا يضار به حق الغانمين فلا يزاحمهم ولنا انهم يستحقون ذلك بسبب القتال فكانوا من الغانمين ويقسم الخمس سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فيهم فقراء ذوى القربى اى يدخل ايتام ذوى القربى فى اليتامى ومساكينهم فى المساكين وابن السبيل فى ابناء السبيل وعند الشافعى رحمه الله يصرف الامام الخمس الى من يرى كذا فى العيون ويقدمون اى يعطى اولا لفقراء ذوى القربى ولكن تمنع اغنياؤهم من اخذ الخمس وان الشافعى رحمه الله يدفع اليهم خمس الخمس يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الفقير والغنى ولنا ما روى انه عليه السلام قال منهم ذوى القربى فى حال حيوته وليس بعد موته شئ ولكن تسقط سهمه بعد موته وقال ان فى لا يسقط وهو قول احمد رحمه الله يصرف الى مصالح الدين وعن الشافعى رحمه الله للامة بعده وعنه يرد الى بقية الاصناف كذا فى العيون لانه عليه السلام قسمها على خمسة اسهم ولا نسخ بعده ولنا انه كان يستحقه برسالته لا بالقيام بامور امته ولا رسول بعده ولهذا لم يدفع الخلفاء الراشدون هذا السهم وقسموا الغنيمة على ثلثة اسهم لليتامى والمساكين ولابن السبيل وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر احد منهم كما سقط الصفى عن النبى عليه السلام بعد موته وهو شئ نفيس كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة كسيف او فرس او امة كما روى انه عليه السلام اصطفى صفية من غنايم خيبر وكان استحقاق ذوى القربى وهم بنو المطلب وبنو هاشم آل العباس وآل جعفر وآل عقيل وآل على رضى الله عنهم لا بنو نوفل وبنو عبد شمس وعثمان وجبير بن مطعم

وان كانوا في القرابة كبني هاشم وروى سعيد بن المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم عن ابيه قال لما انه عليه السلام لما وضع سهم ذوي
القربى في بني هاشم وبني المطلب ترك بني نوفل وبني عبد شمس انطلقت انا وعثمان فقلنا يا رسول الله بنو هاشم وبني المطلب
ونحن كبني لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا من بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحد
فقال عليه السلام انهم لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام وانما بنو المطلب وبنو هاشم كشيء واحد وشبك بين اصابعه دل
على ان الاستحقاق بالنصرة وذوي قرباه يستحقوا السهم في حيوته لعدم نصرتهم فكذا بعد الممات قال شمس الائمة المراد بالنصرة
الاجتماع الى النبي عليه السلام للمؤانسة في حال العزلة الحلي ايله وفي حال يعو الكفار اياه لا النصرة القتال لان عثمان وجبير
مطعم من ذوي قرباه ينصرونه بالاستقتال وبعده بالفقر اي استحقاقهم السهم بعد وفات النبي عليه السلام بفقرهم
لا بنصرتهم لانعدامها بعده وكان الكرخي يقول انما سقط في حق الاغنياء دون الفقراء وكان الطحاوي يقول انما
سقط في حق الجميع وكان ابو بكر يقول لم يكن لهم هذا السهم مستحقا بالقرابة بل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصرفه اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا دخل واحد او اثنان دارهم
مغيرين بغير اذن لم يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي ما اخذت قهرا وبالاثنان لا يثبت القهر او باذن اي اذا دخل
دارهم باذن الامام خمس على النقل المشهور من ائمتنا لان الامام لما اذن لهما التزم نصرهما وكان الماخوذ بعون الامام
او دخل جماعة منعة اي عسكر بغير اذن خمس لان ما اخذوه من دار الحرب يكون بالغلبة والقهر فيكون غنيمة و
عند الثلثة الاذن شرط كذا في العيون

فصل

في التنفيل يقال نفل الامام الغازي اذا اعطي زائدا على سهمه
ولا باس بالتنفيل وهو التحريض على القتال وبهذا اللفظ يعلم ان ما قال البعض ان كلمة لا باس في نفي الشدة
واستعمالها انما يكون فيما كان تركه اولى ليس بجري على عمومه بل قد يستعمل في موضع كان الاتيان به مستحبا كما ذكر في المحيط
انه مستحب حال القتال فيقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه من قبيل تسمية الشيء بما يؤل اليه فكان هذا نظير قوله
شهيدين وقوله تعالى اني اراني اعصر خمرا فياخذ ما عليه من ثيابه وسلاحه ومركبه وآلته وما معه ومحمول على دابته
اي دابة المقتول او في حقيبته من مال بعد ما رفع الخمس عنه وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال
فلم يجب لان في تحريض بعض الغزاة توهينا للبعض وهو حرام فلا يكون سلبه عبده وما معه ودابته وما عليها وما في
بيته سلبا ولو قتل رجلا وبيده غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل
من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه بخلاف ما اذا لم يكن بصفه لانه لا يتمكن الا باعراض عن القتال او
يجعل الامام التنفيل لسرية وهي قطعة من الجيش روي انه عليه السلام قال خير الاصحاب اربعة وخير السرايا اربعمائة
وخير الجيوش اربعة آلاف فكان التنفيل لبعض الجيش بان يقول ما اصبتم فلكم ربعه او نصفه بعد ما رفع الخمس عنه
الا انه لا ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال السهام المشروعة في الغنيمة وفي الكفاية لو نفل بالربع ونحوه ولم ينفل بجميع الخمس

للجيش لان فيه ابطال الحق ضعفاء المسلمين وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم بعد الخمس لا يجوز
لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه ابطال تفضيل الفارس
على الراجل وينقطع به اي بالتنفيل حق الغير ويثبت الملك بالاحراز بدار الاسلام هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله يثبت الملك بالتنفيل قبل الاحراز كما يثبت الملك بالقسمة في دار الحرب عنده وفائدته تظهر فيما لو
قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطيها ولا بيعها قبل الاحراز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وله وطيها وبيعها عند محمد رحمه الله كذا في الهداية واذا لم ينفل اي لم يجعل الامام السلب للقاتل بان يجعل السلب
غنيمة ويكون القاتل وغيره فيه سواء عندنا لا يستحق القاتل الا ان ينص عليه فيقتل زمان الحرب وقال الشافعي وهو قول احمد
القاتل يستحق سلب المقتول اذا قاتل رجلا مقبلا من عسكر الكفرة للقتال فقتله رجل من غزاة المسلمين ان كان له منعة
اي قوة اذا كان من اهل السهم فاذا قاتل مدبرا او نائما او مشغولا بالاكل او كان من حصن لا يستحق السلب وكذا لو اثخنه
وقتل الغير فالسلب للذي اثخنه وكذا لو قتل الذمي كافرا لا يستحقه لانه ليس باهل السهم له ان السلب حث على الجهاد
ولنا انه مال اخذ بقوة الكل فصار غنيمة للكل كذا في الحقائق كمقطع من طرفيه اي قطع يدي الكافر ورجليه او اسره
اي جعل اسيرا فهذا تمثيل لا لانه متنعة قد يكون المقتول مقبلا لانه لو كان مدبرا او مشغولا بشيء لم يستحق السلب عنده
لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه هذا نصب الشرع لانه عليه السلام بعث لاجله ولنا قوله عليه السلام ليس
للقاتل من السلب الا ما طابت به نفس امامه وما رواه محتمل للتنفيل ونصب الشرع فما رويناه محكم ولا ينفل بعد الاحراز
لان حق الغانمين تأكد في الغنيمة بالاحراز بدارنا الا من الخمس عند الشافعي ومالك رحمهما الله لا يصح من الخمس ايضا كذا في
العيون فلو نفل الامام بعد الاحراز بعض الغانمين من الخمس باعتبار انهم من المساكين جاز لان صرفه الى محتاج المقاتل
كان جائزا فالى المحتاج المقاتل اولى

فصل

في استيلاء الكفار واذا غلب الترك اي كفار الترك على نصارى
الروم جميع روي كالترك جميع ترك فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان اموال الروم ورقابهم مباحة والاستيلاء
اذا وقع على مال مباح ينعقد سببا للملك كالاصطياد واذا غلبنا عليهم اي على الترك حلت لنا الاموال التي اخذوها
من الروم وحكم هذه الاموال كحكم الاموال التي اخذوها منا كاسبابين وان غلبوا اي الكفار على اموالنا واحرزوها
بدارهم ملكوها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وهذا الخلاف مبني على ان الكفار مخاطبون بالشرايع عنده فيصير
اموالنا معصومة في حقهم فلا يملكونها بالاستيلاء وغير مخاطبين عندنا فلا تصير معصومة والاستيلاء على مال
غير معصوم يوجب الملك والتحقيق بما ذكر في اصول الفقه ان النهي عن الافعال الحسية يوجب القبح لعينه والقبيح لعينه
لا يفيد حكما شرعيا وهو الملك قلنا انما يملكون بالاستيلاء على مال غير معصوم في زعمهم ولنا ان ولاية الالزام منقطعة
النهي في حق الدنيا ولئن كانت ثابتة ما دام محرزا بدارنا لتبقى التمكن من الانتفاع فاذا زال سقط العصمة واذا ظهر

اى غلبنا عليهم واخذنا من ايديهم ما اخذوا منا قبل القسمة اى قبل قسمتنا بين الغانمين مجانا موافق الهداية اخذ غيرها
والقسمة الكفار كالعدم فلا معنى له لانهم ملكوه بالاحراز قسموه او لا فاذا غلبنا لهم حلت لاربابهم قبل القسمة حلت
لاربابها اى لصاحب الاموال التى وجدت فى ايديهم الغانمين اخذها بغير شئ وبعدها اى بعد القسمة بين الغانمين
اخذوها اى ارباب الاموال بالقيمة ان شاؤا لما روى عبد الله بن عباس رضى الله عنه ان المشركين غلبوا على بعير
رجل ثم ظهر المسلمين عليه فسأل النبى عم عن ذلك فقال عليه السلام ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد
القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان فى الاخذ بعد القسمة ضررا
بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص لتعينه له بالقسمة فياخذ بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة
فيقل الضرر فياخذ بغير قيمة وان اشتراه تاجر وخرج به اخذه مالكه بالثمن الذى اشتراه به جبرا ان اشتراه بنقد وان
اشتراه بعرض اخذه بقيمة ذلك العرض والا اى وان لم يشأ اخذه تركه ولا ياخذه مجانا لانه يتضرر بازالة ملكه
وان وهب التاجر من ملك الاموال له فبالقيمة اى ياخذ المالك الاول منه بالقيمة لان ملكه الخاص فلا يزول عنه الا بالقيمة
وان ظهرنا بعد ما غلب الكفار علينا واخذوا عبيد المسلمين واحرزوه بدارهم واخذناه من ايديهم ما اخذوه فنقل ذلك مع
ساير الغنايم الى دار الاسلام فحصل عبد منها لنا بعض الغانمين بالقسمة اى صار ذلك العبد نصيبا لبعض الغزاة
حين قسموا الغنايم ففقئت عيناه اى قلع رجل عينى العبد وغرم قيمته اى غرم الفاقئ جميع قيمة العبد
اى يسلم المالك الغانم العبد الى الفاقئ فلمالكه اى لمالكه الاول اخذه بالقيمة اى ياخذه من الفاقئ بقيمة العبد
اعمى عند ابى حنيفة ان شاء والا تركه وقالا يسلمها اى ياخذه بقيمته التى اداها الفاقئ الى المولى لان هذا فوت وصف
فلا يسقط بشئ من قيمته كما لو اعمى بآفة سماوية وله ان العينين طرف وهو مقصود فيصير كانت فات بعض الاصل
فيسقط حصته من القيمة كما لو دفع الام او اسرت امة وادخلت بدار الحرب فوقعت فى ايدينا بالاستيلاء عليهم
فباعها الغانم الذى صارت له بالقسمة بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد الاول اخذه اى المالك الاول
اى اخذ الاول ياخذه ابو يوسف رحمه الله باخذ الولد بالف لان الولد جزء منفصل صار كبقاء جملة اجزائها فيأخذ
بالالف كما ان الولد المكاتبة قام مقامها فى حق بقاء كل البدل لا بالحصة نفى لقول محمد رحمه الله فانه قال ياخذ
بحصته من الالف مثلا اذا كان قيمة الام يوم القبض بحكم البيع ثلثين درهما وقيمة الولد يوم الاخذ عشرة دنانير
يقسم الثمن عليهما فيأخذ الولد بما اصابه من حصة الثمن لان الولد صار اصلا ببقائه الى وقت الاخذ فيجعل كانهما
موجودين وقت الشراء وملكت الام ولا يملكون حرنا ولا مدبرنا ولا مكاتبا ولا ام ولد وقال مالك والشافعى يملكون
مدبرا ومكاتبا وياخذهما السيد بالقيمة وعن مالك رح انه يفدى الامام لهم ولد ولا يأخذه سيدها بالقيمة ولا
فى ايديهم كذا فى العيون بالاستيلاء اى الاستيلاء الكفار لان الملك بالاستيلاء انما يثبت اذا ورد على المال المباح والحر لنا معصوم

فلا يكون ارقاء وكذا المكاتب واخواته لثبوت الحرية فيهم واما احرار الكفار فقد اسقط الشرع عصمتهم جزاء لكفرهم وجعلهم
ارقاء لنا ونملكهم اى نملك مكاتب اهل الحرب وام ولدهم ومدبرهم المملوكين والعبد اذا ابق منا عبد من دار الاسلام ولو
كان عبد مسلم او ذمى كذا ذكره ابو الليث اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابى حنيفة رحمه الله حتى لو وجده مولاه فى يد ان اخذه
بغير شئ وقالا يملكونه حتى لو وجده فى يد من استولى عليه بعد ما اسلم او صار ذميا لا ياخذه منه ولو وجده فى يد
غانم او بيع ملك بغير عوض ياخذه بالقيمة كذا فى شرح الهداية وهو قول مالك واحمد وفى الحقائق العبد الكافر لذمى له قول
فى قول كعبد مسلم وفى قول لا يملكون فهو ذمى تبعا لمولاه وفى عبد المرتد يملكونه بالاجماع لهما ان العصمة كانت لكونه
المالك قد زال لتعلقه لو اخذ مترددا بين دارنا ملكوه وله ان الابق لما انفصل عن دارنا زالت يد المالك عنه فظهرت
يده على نفسه فصار معصوما فلم يبق محلا للملك بخلاف العبد المتردد لانه ما دام فى دارنا فيد المولى باقية فيه وان ند اليهم بعير ملكوه
بالاجماع لتحقق الاستيلاء بالاجماع اذ لا يد للبعير كالعبد **فصل** فى المستأمن واذا دخل مسلم مستأمنا
الى دارهم تاجرا بامان لا يتعرض بدمهم ولا مالهم اى لا يحل له التعرض بشئ من دمائهم واموالهم لانه بالاستيمان عهد
بان لا يتعرض لهم الا اذا غدر ملكهم باخذ ماله او حبسه او غير ذلك بعلم ملكهم فان اسر فيهم يباح له التعرض وان اطلقوه
طوعا لانه غير مستأمن وان تعرض بعهد اى اخذ التاجر بلا اذنهم شيئا وخرج به ملكه لورود الاستيلاء
على المال المباح حراما اى ملكه ملكا خبيثا لحصوله بسبب الغدر فيتصدق وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب رده اليهم كذا فى العيون والمستأمن
فينا اذا كان المستأمن اى عقد عقد الربوا مع مسلم اى الذى اسلم هناك اى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فهو جائز
عند ابى حنيفة رحمه الله فيحل له اخذه وقالا لا يحل لان الربوا بين المسلمين حرام كما لو كانا اسيرين فيها وعقدا
عقد الربوا وله ان مال من اسلم هناك تبع لاموال اهل الحرب مقهور فى يد ملكهم فيكون فى عصمة نقصانا
وكان جائزا للمستأمن ان ياخذ مال الحربى برضاه فكذا يجوز هذا لانه فى اخذه بعقد الربوا بخلاف الاسيرين
لان اخذ اموالهم كانت معصومة من الاصل فبقى عليها وانما وضع هكذا لانه لو دخل حربى دارنا بامان لا يحل
للمسلم ان يفعل ذلك معه بالاجماع ويحرمه ابو يوسف رحمه الله الربوا مع حربى اى اذا عقد مستامن منا عقد
الربوا مع حربى وباع خنزيرا او ميتة يحرم لان هذه التصرفات حرام للمسلم اينما كانت وقالا لا يحرم لان اموالهم
مباحة لنا لكن لم يجز اخذه بغير رضاهم لئلا يكون غدرا والاخذ بهذه التصرفات يكون عن رضا منهم
فيجوز وقتل احد الاسيرين صاحبه او غيره فى دار الحرب عمدا او خطاء لا يوجب دية ولا قصاصا بل عليه الكفارة
فى الخطاء عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا عليه الدية فى ماله فى الخطاء والعمد والكفارة فى الخطاء كالمستأمنين
كما ان المسلمين المستأمنين فى دار الحرب اذا قتل احدهما صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية فى ماله بالاجماع
وانما لم يجب على العاقلة لان العواقل لا يعقل العمد وكذا فى الخطاء لان العاقلة لا يقدرون الصيانة مع

تباين الدارين ولدان الاسير تبع لهم في دارهم لصيرورتهم متقومين في ايديهم فيسقط عنهم العصمة وبدون العصمة
الكاملة لم يجب كما اذا قتل مستامن مسلما منهم ولم يهاجرا الينا وانما يجب الدية في المستامن لانهما في دار الاسلام حكما
وان كان في دار الحرب حقيقة ونحن نثبت العصمة المقومة اي المثبت للانسان قيمة بحيث من سفكها فعليه القصاص
او الدية بالدار اي بالاحراز بدار الاسلام لا بالاسلام نفي لمقول الشافعي رحمه الله فانه قال يثبت العصمة بالاسلام وهذا
اصل تختلف فيه وهي ان الحربي اذا اسلم في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا ولو ورثة مسلمون فلا شي عليه الا الكفارة
في الخطاء وقال الشافعي رحمه الله يجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد وهو قول مالك واحمد رحمهم الله كذا في العيني اكتفى بذكر
الاصل في المتن عن ذكر الفرع لان العصمة المؤثمة وهي تحرم من سفكها آثما ثابتة بالاسلام اجماعا للزجر عن العصو
فيثبت به المقومة تبعا لها لان في ثبوتها كمال الزجر فصارت كالوصف للمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة اي اذا كان المقتول من الاعداء دارا او دينا فالاية سيقت لبيان انواع القتل وموجباتها
فاوجبها لا في المؤمن والذمي من دية وكفارة بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ثم
اوجب في قتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة بقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم الاية فعلم ان لا دية في قتل مسلم لم يهاجر الينا
لانه جعل كل موجبه تحرير رقبة والزيادة يكون نسخا للكتاب ولو اشترى مسلم امة في دارهم واستبراها بحيضة كاملة
نقل انها لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله الا بعد اخراجها الى دار الاسلام ولكن قال محمد رحمه الله قربانها قبلا اي قبل الاخراج لانه
ملكها واستبراها فلم يبق مانع من الوطي ولكن لكل ابي حنيفة بيتم بعض الاحصان فلا يباح ولو زنى مسلم اي في دار الحرب
او ذمية ثم خرج فاقر يحكي لا يحد به وقال الشافعي رحمه الله يحد وهو قول مالك واحمد رحمهم الله كذا في العيني كما لو زنى بدار الاسلام
لان المحرم قايم ولا اثر للدار في نفي الوجوب ولنا ان الحدود انما يقيمها الامام وولايته عن دار الحرب منقطعة واي
فائدة في ايجابه لغاية لم يترتب المقصود عليه والخلاف فيه اذا دخل دار الحرب وحده او سرية من المسلمين لان امير العسكر
ما فوض اليه اقامة الحدود واما لو كان الخليفة او امير مصر غزا بنفسه فانه يقيم الحدود في دار الحرب لان اهل جنده تحت
ولايته كذا في الحقايق واذا دخل حربي في دارنا متوجها الينا غير مستامن فاخذه مسلم فهو فيء للمسلمين وعصابه
وقال لا مولى اخذه عنهما لان اليد في المباح سبب الملك وانما اخذه في دار الاسلام غير مملوك لاحد فكان له وفي
وجوب الخمس فيه روايتان عنهما ولنا اخذه بقوة المسلمين لانه لولا خوفه من قوتهم لما قبل له لانه ادعى مثلا وانما الحا
لعلة فان ما في المسلمين عوت فيكون لهم فلا يختص به ولو اسلم الحربي بعد دخول دارنا قبل استيلاء احد عليه
فاخذه مسلم فهو فيء لهم اي المسلمين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الا محمد لانه لما اسلم قبل الاخذ عتق باسلامه دخول الدار
والمسلم لا يتملك ابتداء ولو انما دخل دارنا قبل استيلاء احد عليه فاخذه مسلم فهو فيء لهم اي المسلمين عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو حر لانه لما اسلم قبل الاخذ عتق باسلامه كما لو تقدم اسلامه دخول الدار فان المسلم لا يتملك ابتداء ولو انما دخل

دانا صار ملكا لهم وباسلامه بعده لا يعتق كما اذا اسلم العبد الكافر المملوك لمسلم لا يعتق واذا استامن الحربي
اي دخل دارنا بامان لم يمكن من الاقامة سنة فيقول له الامام ان اقمت سنة تامة وضعت عليك الجزية وفي شرح الجامع
الصغير لقاضي خان اذا دخل الحربي دارنا بامان ينبغي للامام ان يتقدم في اول ما دخل ويضرب له مدة على قدر ما يرى
ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك ذميا لانه رضي بذلك فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه
انما صار ذميا بمجاوزة المدة فيعتبر الحول بعد صيرورته ذميا الا انه يكون شرط عليه انه اذا صار والسنة تاخذ منه الخراج
ياخذ منه وانما منع مكثه سنة لئلا يطلع على احوالنا ويبلغ الخبر الى دار الحرب والسنة اقصى الاوقات وفيها تجب الجزية
ولو منع مكثه فيما دونها لانسد باب التجارة وتضرر به المسلمون فان اقامها اي اقام في دارنا سنة وضعت عليه الجزية ولا
يمكن بتشديد الكاف اي لا يعطي تمكنه وقدرته من العود الى دار الحرب لانه صار ذميا فلا يمكن من نقضها ولو نكح حربية
فيما يكون نحو ذمية وفي العكس لا لامكان ان يطلقها ويعود اليها وكذا لو اشترى المستامن ارضا خراجية يصير ذميا عند
الثلاثة لا يكون ذميا كما في العكس كذا في العيني فان عاد المستامن الى دار الحرب وله دين او وديعة عند مسلم او ذمي ابيح دمه لانه
بالعود بطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر وان ظهر عليهم اي غلب المسلمون على اهل دار الحرب اسر ذلك المستامن
العايد او قتل سقط الدين ولا يصير فيئا لان الدين ليس بمال حقيقة ولا يتصور عليه الاستيلاء وانما سقط لانه
بالاسر صار مملوكا فبطل مملوكية الدين فاذا لم يبق مملوكا لا صار هالكا فلم يبق عليه لان يد المبيع من يد غيره وانا
الدين سقط عن ذمته وصارت الوديعة فيئا لان ما في يد من المال صار فيئا للغانمين تبعا لنفسه وكذا في
مودع لان يده كيده ونحن لا تخمس ما وجف عليه المسلمون اي يسيروا دوابهم لسرقة وخفية وحصلوا من اموال اهل
الحرب بغير قتال وقال الشافعي رحمه الله يخمس لانه مال حربي كما لو اخذوا باذن الامام ولهم منعة ولنا ان الخمس انما يجب في الغنيمة
وهي الماخوذ بالغلبة والقتال ولا ما الاختلاس ويصرف مصرف الخراج اي كالارض التي اجلوا اهلها عنها والجزية فلا خمس فيهما
فيصرف مصارف الخراج والجزية كسد الثغور وغيره ولو التجا حربي غير مستامن اذن عليه القصاص الى الحرم يخير
لا يقتل فيه اي في الحرم بل يمنع عنه الغذاء ليخرج فيقتل وقال الشافعي رحمه الله يقتل فيه لقوله عليه السلام الحرم
لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم ولنا قوله تعالى ومن دخله كان آمنا اي من دخل الحرم كان امنا من الجناية فامن القتال عنده خوف من
القتل وما رواه مالك يوم فتح مكة ساعة ابيحت له ثم عادت حراما ومن انشا الجناية في الحرم لا يصير آمنا بالاجماع واعلم

فصل

في العشر والخراج وياخذ العشر من ارض العرب ما بين العذيب وهو ما التنعيم الى اقصى الحجر بسكون
الجيم وفتحها بالجانب فعند حرف لوقوع صخر موضعه باليمن مهرة وهو بلاد ينسب اليهم مهرة الابل كذا في الديوان وهذا
الطول الى حد الشام وحد العرض ما بين يبرين ورمل عالج الى حد الشام وفي الكافي هي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف
والبرية ولان من شرط ارض الخراج ان يقر اهلها على الكفر ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقوله عليه السلام

لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ولما لم يجز وضع الخراج على اراضيهم كان ما وضع عليها العشر ويؤخذ الخراج من السواد
اي ما بين العراق سمي به لخضرة اشجاره وزرعه ما بين العذيب بلد السواد الى عقبة حلوان وهو اسم بلد وهذا حد العرض
ومن العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى
عبادان وهو حصن صغير في شاطئ البحر وهذا حد الطول كذا في شرح الهداية وهذا احد الطول كذا في شرح الهداية
وضع الخراج على السواد حين فتحها عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكذلك مصر حين افتتحها عمرو بن
عاص رضي الله عنه وكذا هو وجميع الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ويجوز بيعها اي اهل السواد بيع اراضيهم
لانها مملوكة لهم واذا فتحت ارض عنوة اي قهرا اقتسمت بين الغزاة او اسلم اهلها كانت عشرية لان اللايق بالمسلمين
العشر عليهم لانه عبادة او اقر اهلها عليها اي فتحت ارض عنوة واقر الامام اهلها عليها او صالحوا اي صالح الامام مع
اهلها الكفار تقريرهم عليها ولم ينقلوا الى موضع اخر فخراجية لان اللايق بالكفار ابتداء الخراج الا مكة فقد فتحها وتركها
من غير وضع خراج على اهلها ويعطي ابو يوسف رحمه الله الموات وهي الارض التي لا مالك لها او لا ينتفع بها حكم ما قربه
اي الموات فمن احياه وهو من حيز ارض الخراج العشر اي قربها او جانبها كان عشريا هذا اذا احياه مسلم واما اذا احياه
ذمي فخراجية او هو من حيز ارض الخراج فخراجيا اي فكان خراجيا لان ما قرب من الشيء يأخذ حكمه كفناء الدار
يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به والموات ارض البصرة فانها عنده عشرية وان كانت بقرب ارض
الخراج وكان القياس ان يكون خراجية لانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها فلا يختلف حكم مواتها المحيا لكنها في مقتضى
القياس فيها من جملة ارض العراق ولكن ترك ذلك لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم على توظيفهم عليها العشر واعتبر
محمد رحمه الله الموات بما يجيء به من الماء فان كان بئرا اي كان احياه بماء بئر احتفرها الاعاجم او عين مستخرجة او ماء السماء
او الانهار العظام التي لم يملكها احد كان عشريا او بنهر يحتفر اي احياه بنهر احتفرها الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد
قيل اسم ابن كسرى فخراجيا لان سبب النماء هو الحيوة وهو الماء فاعتبار سببها اولى فالخراج على نوعين خراج مقاسمة
وهو ان يكون الواجب جزءا شايعا من الخارج كالربع والخمس ونحوهما وخراج وظيفة وهو ان يكون الواجب شيئا في الذمة
يتعلق بالتمكن من الزراعة ويؤخذ وصفه عمر رضي الله عنه من كل جريب صالح للزراعة وهو ستون ذراعا في
ستين ذراعا وهو ذراع الملك كسرى وهو سبع قبضات والقبضة اربعة اصابع كذا في شرح الهداية وهذا زايد على
العامة بقبضة وهي ست قبضات هذا حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل الجريب
الاراضي تختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلدة متعارف اهلها يبلغه الماء صاع ودرهم وهو بدل بما صنع
الصاع وهو اربعة امناء وقيل المعتبر فيما يزرع في ذلك الارض وهو الصحيح ومن جريب الرطبة خمسة دراهم
ومن جريب الكرم او النخيل المتصل بان يكون كل الارض مشغولة بها ولا يبقى في جريبها اي قطع خالية فان وجد

من الاشجار قطع خالية فان وجد من الاشجار قطع خالية يمكن زراعتها يسمى بستانا عشرة دراهم ويوضع على ما سوى
ذلك المذكور كالزعفران والبستان ونحوهما بحسب الطاقة لان ما وضعه عمر رضي الله عنه كان باعتبار طاقتهم وفيما لم يوضع فيه
يعتبر الطاقة ايضا ونهايته ان يبلغ الواجب نصف الخارج لان المال ظهر بانهم وبعضا لبيت مالهم ويقسم اموالهم فلا
قطعنا لهم كان التنصيف عين الانصاف وينقص عنه اي ينقص عما وضعه عمر رضي الله عنه لنقصان الريع الحاصل
من الارض بحيث لا يطيق تلك الوظيفة فان كان الخراج خمسة دراهم وكان الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز النقصان
عن ذلك حتى يصير الخروج مثل نصف الخارج ويمنع ابو يوسف رحمه الله الزيادة اي زيادة الامام في توظيف الخراج على
ارض الزايد على وظيفة عمر رضي الله عنه لم يجز عند الزيادة لزيادة ريعها فان كانت الارض تطيق الزيادة ففي كل بلدة
توظيف الامام لا يجوز التغيير ولا الزيادة في قولهم جميعا وان لم يكن فيها توظيف الامام فعلى قول ابي يوسف رحمه الله
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ليس للامام ان يزيد على خمسة دراهم وعلى قول محمد له ذلك ولنا ان محمدا رحمه الله لان النقص
عن الوظيفة كان جائزا عند نقصان الطاقة فيجوز الزيادة ولنا ان عمر رضي الله عنه بعث رجلين فمسحا ارض
العراق فبلغ ستة وثلاثين الف الف جريب فوضعا عليها وقالا لو زدنا لاطاقة فلم يزد عمر رضي الله عنه على
الوظيفة ونحن لا نزيد ايضا ولا يجوز الزيادة في خراج المقاسمة وهو ان يقسم الامام الخارج بالنصف او
بالثلث بالاجماع وليس للامام ان يحول خراج الموظف الى خراج المقاسمة الا برضا اهلها فان غلب الماء على ارض الخراج
او انقطع او اصطلم الزرع او اصابه آفة فلا خراج عليها اما في الفصلين الاولين فلفوات النماء التقديري المعتبر
في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول واما في الفصل الثالث فلانه صار كالعشر وهذه الحالة مسلم
بسلامة الخراج وبطل الخارج بهلاكه وعلى هذا لو منع انسان من المزارعة لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من المزارعة
والتمكن شرط فيه قالوا انما يسقط اي الخراج على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط
الخراج وعلى هذا اذا ذهب بعضه وبقي مقدار ما يؤخذ منه اقل الخراج بان بقي مقدار درهمين وقفيز يجب
ان بقي اقل منه لا يجب لانه لا يزيد على نصف الخارج لان التنصيف من الانصاف كذا في التبيين ويجب مع التعطيل
والاسلام اي اذا عطلها صاحبها يجب الخراج عليه لان التقصير من جهته فلا يكون عذرا منه اذا تمكن المالك
من الزراعة فلم يزرعها واما اذا عجز المالك من المزارعة فللامام ان يدفعها الى الغير مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب
المالك ويمسك الباقي له وفي الزيادات لو ان قوما عجزوا عن عمارة الاراضي واستغلالها ولم يكن عندهم ما يؤدون به الخراج
لم يكن للامام ان يأخذ الاراضي منهم ويدفعها الى الغير على سبيل التمليك لما فيه من ابطال حق ملكهم ولكن يدفعها مزارعة
او مواجرة ويأخذ من نصيب الخراج التمانية ويحفظ الباقي لرب الارض فالمدفوع لا يملك هذه الاراضي وان لم يجد الامام من يعمل

فيها بالخراج بيعها فلم يملك بيعها وقيل يشترى الامام شيرانًا وادوات المزارعة ويدفع الى الناس فيزرعها واذا حصلت
الغلة اخذ منها الخراج ويرد فيها ويحفظ الباقي على رب الارض وقال ابو يوسف رحمه الله يقرض الامام لصاحب الارض
من بيت المال مقدار ما يشترى الشيران وادوات المزارعة ويأخذ منه ثقة ويكتب عليه كتابا بالمزروع فاذا حصلت الغلة
اخذ منها الخراج ومقدار ما اقرضه من بيت المال وان اراد السلطان ان يشتريها للنفقة امر ببيعها من غيره ثم يشتريها من المشترى
فيكون اوثق وابعد من التهمة وهذا بلا اختلاف لان الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وكذا اذا اسلم صاحبها لان الخراج
مؤنة فيها معنى العقوبة فلا يجب ابتداء على المسلم بالشك فلا يسقط انتهاء بالشك واذا اشترى المسلم ارض الخراج ان بقي
من السنة مقدار ما يتمكن من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البايع ويجوز شراء المسلم ارض خراج من ذمي ويؤخذ منه الخراج
لما روى ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الاراضي الخراجية وادوا الخراج **فصل** في الجزية وهي اسم لما يؤخذ
من اهل الذمة وانما سميت بها لانها تجزى وتكفى عن الذمي القتل وفيه ثلثه الدعوة الى الدين باحسن الجهات لانه بعقد
الذمة تسكن المسلمين فيرى محاسن الدين لا تقريرا الكافر على الشرك كما ظن بعض الملحدين واذا وضعت الجزية على
تراض قدر ما يتفق عليه بما يتراضون ويتفقون عليه كما صالح النبي عليه السلام بني نجران على الف ومائتي حلة والا
اي وان لم يوضع الجزية بتراض بل بغلبة الامام على الكفار فتوضع على الغني وهو من يملك عشرة الاف درهم فصاعدا
ثمانية واربعين درهما وفي المبسوط لا يعتبر الفايق في الغنى بشيء من المال وانما ذلك يختلف باختلاف البلدان وكان ابو جعفر
ينظر الى البلدة فصاحب عشرة الاف يبلخ لا يعد من المكثرين حتى يكون صاحب خمسين الفا وكذا اهل بغداد
مثل ذلك وفي البلاد الصغار يعد صاحب عشرة الالاف من المكثرين واذا كان الرجل في اكثر السنة غنيا
اخذ منه جزية غني وان كان في اكثر السنة فقيرا اخذ منه جزية فقير كذا في الينابيع وينبغي ان يكون هو موكولا
الى راي القاضي يؤخذ منه كل شهر اربعة ويوضع على المتوسط وهو من يملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الالاف اربعة
وعشرين في كل شهر درهمان وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهم قال بشر المريسي الغني من يملك منه الذ
والفقير من لا يملك الزكوة والمتوسط من يملك النصاب وقال عيسى بن ابان اذا كان يملك ما يكفيه ويكفي عياله ويفضل فهو غني
وان كان يملك ما يكفيه ويكفي عياله ولا يفضل فهو وسط وان كان يملك ويكفي عياله وهو اقل من الكفاية فهو فقير كذا في
الينابيع لا دينارا مطلقا نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال الجزية دينار مطلقا وهو اثنى عشر درهما سواء كان غنيا
او فقيرا او متوسطا وهذا الخلاف في جزية يبتدئ الامام وضعها القاهر على املاكهم واما الجزية التي وضعت بالتراضي
او بالصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كذا في المحيط وفي الكافي لا بد وان يكون المعتمل صحيحا في اكثر الحول
ولو كان مريضا في اكثره لا يجب عليه جزية وكذا لو مرض في نصفه ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة ولنا قوله عليه السلام

لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة اي بالغ وبالغة دينارا او عدله معافريا والثوب معافري منسوب الى معافر
من احياء تميم ثم صار اسما بغير نسبة عن الاصمعي كذا في المغرب وكسر عدل بالفتح مثل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر
مثله من جنسه وعند مالك رحمه الله على كل محتلم اربعة دنانير او اربعون درهما وعن احمد رحمه الله مفوض الى راي الامام كذا في العيون ولنا
ما روي ان عمر رضي الله عنه [illegible] كان يأخذ الجزية كما قلنا وعمل به الصحابة رضي الله عنهم وما رواه كان بطريق الصلح
دون الجزية ولهذا امر بالاخذ من الحالمة والجزية مع انه لا جزية على المرأة لانها ليست من اهل النصرة والمقاتلة ونحن
نوجبها اي الجزية باول العام لا بآخره نفي لقول الشافعي رحمه الله فانه قال يؤخذ الجزية اذا تم الحول لانه حق مالي كالزكوة
ولنا انها بدل القتل والقتل واجب في الحال فكذا بدله بخلاف الزكوة لانها عبادة فيراعى فيها التيسير وهذه عقوبة
فيشدد ونحن لا نخص بها اهل الكتاب فوضع عليهم وعلى المجوسي بالاجماع لان المجوسي من اهل الكتاب على مذهبه ولنا
قوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب وان لم يكن من اهل الكتاب عنده وعلى الوثني من العجم وفي رواية عن احمد وعنه على كتابي
فقط وعند مالك رحمه الله على كل كافر الا مشركي قريش وعند الشافعي رحمه الله على كتابي ومجوسي فقط كذا في العيون فعلى هذا
تعين موضع الخلاف فيجوز وضع الجزية عليهم عندنا فلا يجوز عند الشافعي رحمه الله ان يوضع الجزية على جميع الاوثان
من العجم ايضا فيترتب لنا انه كلا من الجزية والاسترقاق يتساويان فيجريان مجرى شيء واحد فان الاسترقاق
سلب النفس والغرض منه الانتفاع بمكاسبه وفي وضع الجزية عليهم ذلك ايضا لانه يعمل ويؤدي الكتب الى المسلمين فكل من
جاز ابقاؤه لاخذ الجزية لا من العرب اي لا يوضع على الوثني من العرب بالاجماع لان النبي عليه السلام بعث منهم فظهرت المعجزة
لديهم فكفرهم يكون افحش ولا على المرتدين لانهم عدلوا من دين الحق بعد اطلاعهم على محاسنه فيكون كفرهم اقبح فما
لعقوبته على قدر الجناية فليس يقبل منهم الا الاسلام او السيف فاما ان يسلموا او يقتلوا وفي وضع الخراج تخفيف لهم فلم
يستحقوا ولو غلبنا عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين يكون نساؤهم وصبيانهم فيئا ويجبرون على الاسلام اما
السبي فلان الصحابة رضي الله عنهم سبوا نسوان بني حنيفة وصبيانهم في زمن ابي بكر رضي الله عنه حين ارتدوا وقسم
نساؤهم وصبيانهم بين الغانمين حتى وقعت الحنفية في سهم علي رضي الله عنه فولدت منها محمد بن الحنفية تعرف به ولانه يحل
قتل نسائهم وصبيانهم فيجوز سبيهم ويجبرون على الاسلام كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير وينبغي
ان يكون حال نساء الكفر وصبيانهم كذلك من اهل البدع وكفار الروافض لقولهم برجعة الاموات الى الدنيا وتناسخ
الارواح وانتقال روح الاله الى الائمة وان الائمة آلهة وبخروج امام ناطق بالحق وانقطاع الامر والنهي الى ان يخرج
ولقولهم ان جبرئيل عليه السلام غلط في الوحي الى محمد صلى الله عليه وسلم دون علي رضي الله عنه واحكام هؤلاء احكام المرتدين ومن
انكر خلافة ابي بكر رضي الله عنه فهو كافر في الصحيح ومن انكر خلافة عمر رضي الله عنه فهو كافر في الاصح كذا في البزازية ولا
يوضع جزية على امرأة وصبي وزمن ولا اعمى ولا شيخ كبير لانها خلف عن القتال وهم ليسوا من اهله ولا على عبد ومكاتب

ومدبر وام ولد لانهم لو كانوا مسلمين ما وجبت عليهم الشرع بالقتل لكونهم في يد الغير فلا يجب على ما هو خلف عنها
ولا يتحملها اى الجزية مواليهم لانهم تحملوا زيادة الجزية لكونهم اغنياء بسبب هؤلاء فلو وجبت عليهم مرة ثانية لصار
جحافا لمواليهم ولا راهب هو الذى انقطع عن الناس للعبادة وخرج عن اهلية الحرب فلا يجب عليه وهو المختار الا
ان يقدر الراهب على العمل في رواية فيوضع عليه لانه ضيع قدرته فلم يعمل بها فصار كما لو عطل ارضا خراجية وهى
تسقط بالاسلام والموت وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بعد الحول وفي اثناء الحول قولان وكذا الموت يسقط
الجزية بالموت وقال الشافعي لا يسقط وهو قول مالك رحمه الله لما ذكر في الاسلام وكذا لو كان اعمى او مقعدا او زمنا او
شيخا كبيرا لا شئ عليهم كذا ذكره قاضيخان ولنا ان الجزية عقوبة دينية شرعت فيه لدفع الشر وقد اندفع شره
بإسلامه او موته وكذا يسقط بمضى عوام وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون وكذا تسقط
بمضي اعوام ولم يؤخذ الجزية سقطت جزية تلك السنين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تسقط وهو قول الثلثة
كذا في العيون لانها حق واجب في الذمة في كل سنة فلا يسقط بالتاخير وله انها عقوبة ولهذا تؤخذ بالتحقير فالعقوبة
اذا اجتمعت يتداخل ويؤديها الذمى الجزية بنفسه قائما والقابض قاعد او يؤخذ بتلبيبه اى بجيبته ويهزه اى يحركه
ويقال له اد الجزية يا ذمى تقول انه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اى حقيرون ويؤخذ اى يوصل الذمي بما
يتميز به في الهيئة من المسلمين ويشد وسطه بخيط غليظ من الصوف فلا يلبس ما يختص باهل العلم والزهد والشرف
من الثياب حتى قيل يكون مكاعبهم خشونة فاسدة اللون غير مزينة فيكون مكعبا لهم كاعبنا ولا يركب الخيل على
سرج وقيل يمنع عنه مطلقا اى عن الركوب سواء كان على الاكاف او على السرج في الاصح الا لضرورة كذهاب الى مريض
منهم الى موضع يحتاج اليه واحتاج الامام الى الاستعانة بهم في الدفع عن المسلمين فيركبون على سرج هيئة الاكاف
جمع اكاف ويترجل عن الدواب في مجامع المسلمين ولا يحمل سلاحا ولا يبتدأ بسلام اى لا يسلم اولا ويضيق
عليه الطريق اى اذا التقى المسلم والكافر يجعل المسلم في الطريق الضيق من الطريق ويميز نساؤهم من نسائنا في
الطريق اى في حالة المشي بان يكون زيهن على خلاف زي نسائنا وفي الحمام ويجب ان يكون على دورهم علامات فيميز
عن دورنا كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة ولا ينتقض العهد اى عهد الذمة الا ان يلحق بدار الحرب
او يغلبوا على موضع فيحاربونا فصار كالمرتد وعند مالك يقتل او يسبى وعند الشافعي في قول يتخير الامام
بين استرقاق وقتل لانهم حرب للمسلمين واخرى علينا فلا يفيد عقد الذمة فائدة وهى دفع شر الحرب عنا الا بامتناع
عن اداء الجزية لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق الا في رواية وهى رواية الواقعات
الحاجي في كتاب الزكوة قال اذا امتنعوا عن اداء الجزية يقاتلون لانهم اذا امتنعوا في الابتداء عن قبول الجزية يقاتلون
في الانتهاء وهو قول الثلثة كذا في العيون او قتل مسلم اى لا ينتقض العهد بقتل ذمى مسلما او الزنا بمسلمة لان كلامنا

فيما لا يمنع العهد مع بقاء التزامهم الجزية وعند الشافعي رحمه الله في القديم الا ان يسلم الا انه ينتقض بالزنا كذا في العيون او سب النبي عليه السلام
لان سبه كفر والكفر المقارن لم يمنع والطارئ كيف يرفع وعند الثلثة ينتقض العهد بالسب الا في قول له ان لم يشرط
كذا في العيون ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء معبد النصارى ولا كنيسة وهى معبد اليهود في دارنا في الامصار دون
القرى لان الامصار محل اقامة الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل يمنعون في القرى ايضا لان فيها بعض
الشعائر والصومعة للتخلي فيها لانها بمنزلة البيعة بخلاف موضع في البيت لانه تبع للسكنى ولا الوصية اى بناء بيعة
في الصحيح وفي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انها جائزة من الثلث لانه امر بتركهم وما يدينون فاذا انهدمت القديمة اعيدت
لان المنقول من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا ان البيع والكنائس تترك فهذا يدل على جواز الاعادة لان
البناء لا يقوم دائما ولا نقول عليه السلام لا كنيسة في الاسلام المراد بها احداثها ويؤخذ من نصارى بني تغلب ونسائهم
لا صبيانهم ضعف الزكوة وهو قول الشافعي رحمه الله وعند الثاني في ومالك رحمهما الله لا يؤخذ من التغلبية كذا في التغليب
واصل ذلك ان بني تغلب قوم ذو شوكة من نصارى العرب فطلب عمر رضي الله عنه منهم الجزية فابوا وطلبوا ان يؤخذ منهم
كالزكوة من المسلمين فابى عمر رضي الله عنه فخاف ان يلحقوا بالروم فصالحهم عن ان يضاعف عليهم مثل زكوة المسلمين
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم والمأخوذ منهم واجب شرايط الزكوة واسبابها والزكوة لا تجب على الصبيان في
حق الخمس من خراج ويصرف جباى جمع من الخراج او الجزية واموال بني تغلب وما اهدى الى الامام او حصل هدية من
اهل الحرب في مصالح المسلمين كسد الثغور جمع ثغر وهو موضع المخافة من خروج البلد او بناء القناطير والجسور
القنطرة ما لا يرفع من موضعه والجسور ما يرفع وبناء الحصون والى مرصد الطريق ليتبع الامن عن اللصوص
والكفرة والى كري الانهار العظام التي لا تزل من صلاح المسلمين وعطاء القضاة وهو ما يكتب لهم في الديوان بما
يكفيهم والمحتسب والعلماء والعمال وارزاق المقاتلة وذراريهم اى ذراري المقاتلة ما يكفيهم لانهم لو لم يعطوا كفايتهم
لاحتاجوا الى الكسب بحيث لا يتفرغون عن القتال وعند الشافعي رحمه الله يؤخذ هذه المصارف
الخمس وما فضل منه في بيت المال وهو مصالح يصرف الى مصالح فقط كذا في العيون ولو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه وفي المحيط
اذا جعل خراج الارض لصاحبها او تركه عليه يجوز عند ابي يوسف رحمه الله ويكون صلة له من السلطان وللسلطان حق
في الخراج وقال محمد رحمه الله لا يجوز وفي الخانية الفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله اذا كان صاحب الارض من اهل الجزية
كطالب العلم والقاضي والمفتي بلا اجر والغازي ولو ذهب السلطان ذكر في الكبير لا ينبغي ان يتعلق لانه حق الجماعة فما كان
صدقة له ان يتعلق

فصل في احكام المرتدين يعرض الاسلام على المرتد استحبابا لرجاء العود الى الاسلام لانه قد
بلغته الدعوة فيستحب تجديدها وعند مالك وقول من الشافعي رحمهما الله كذا في العيون وان كانت له شبهة كشفت
ويحبس ثلثة ايام ان استمهل اى طلب المهلة ولو لم يستمهل قتل من ساعته في ظاهر الرواية وقيل يستحب الامهال

مطلقا سواء استمهل او لا فان اسلم فقد احسن وهي تبرءه عن كل دين غير الاسلام وان تبرا عما انتقل اليه يكفي
والا قتل ويكره القتل قبل العرض لانه مستحب في القتل تفويته ولا شيء على قاتله لوجود المبيح وهو الكفر
لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه والساحر كالمرتد وعند الثلثة يقتل كذا في العيني ويزيل ملكه عن امواله
زوالا مراعا اي محفوظا موقوفا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج الى ان يقتل واهل
الردة اذا طلبوا الموادعة لينظروا في امورهم لا يجوز ان يوادعهم لان القتال شرع للدعاء الى الاسلام فاذا طلبوا
الموادعة صح الموادعة رجاء العود الى الاسلام لكن لا يأخذ المال على الموادعة كما مر لان ذكر بعض الجزئية كذا
ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير فان اسلم عادت امواله اليه كما مات او قتل لكن لم يجعلها فيئا مطلقا
سواء اكتسبها حالة الاسلام او حالة الردة وقالا ان في امواله في مطلقا الاثنات كما في الا يرث منه المسلم ولنا
ان الردة كالموت حكما فيكون توريث مسلم عن مسلم فما اكتسبه في حال الاسلام موروث عند ابي حنيفة رحمه الله يورث
ورثته المسلمين وما اكتسبه في حالة الردة فيء عنده يوضع في بيت المال وعند الثلثة كلاهما فيء كذا في العيني
وقالا هو موروث مطلقا يورثه المسلمين كسب في حالة الاسلام لان ملكه في كسب الردة باق ولهذا ينفذ تصرفه
فيه ولو لم يقدر عليه فينتقل بموته الى ورثته ويستند التوريث الى ما قبيل ردته لانها سبب الموت فيكون توريث
مسلم عن مسلم حتى جدت وادت بعد الردة لا يرث بالاجماع وله ان تصرفاته موقوفة لتردد حاله فلا يكون
الملك ثابتا بها صحيحا فيكون فيئا واستناد التوريث قبيل الردة انما يكون في كسب الاسلام لانه موجود عند الردة
لا في كسب الردة لانه معدوم عندها ومن شرط الاستناد وجوده ولو ثبت مقصورا في الحال وهو كان كافرا
عند الاكتساب فيكون توريث مسلم من كافر واذا حكم بلحاقه بدار الحرب مرتدا اي حكم الحاكم بلحاقه نحو يجعل
كونه فعتق مدبره وام ولده ويحل دينه المؤجل ويرث اهله المسلمون ما اكتسبه في الاسلام وقال الائمة الثلثة
لحوقه ليكونه وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيني فلا يعتق مدبره وام ولده ولا يحل ديونه المؤجلة
لان لحوقه قبل الحكم ليس كموته بالاجماع فصار قبل الحكم كالمفقود المتردد بين كونه حيا وميتا فان قضاء لحوقه
صار من اهلها جانب عدم الرجوع الى دارنا فيتقرر موته لانه نوع غيبته فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا
ان اهل الحرب اموات في حق الاحكام لان ولاية الاسلام منقطعة عنهم كانقطاعها عن الموتى فالحاق بهم
صار كالموت لكنهم ليس بحكم لاحتمال العود الى دار الاسلام واذا اتصل بقضاء القاضي صار محكما لان القاضي
لم يقض الا بغلبة ظنه ببقائه في دار الحرب فاذ حكم بموته يتعلق الاحكام المتعلقة بالموت حقيقة وفي بعض الروايات
بنفس اللحاق يثبت هذه الاحكام من غير قضاء كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير ويعتبر ابو يوسف
كونه وارثا وقت القضاء لانه يصير ميتا به لا وقت اللحاق نح لقول محمد رحمه الله فانه قال يعتبر كونه وارثا فيه

لانه هو السبب في القضاء لقطع الاحتمال وديته اللازم في الاسلام تقضي من كسب الاسلام عند ابي حنيفة وديته في الردة تقضى
من كسبها اي من كسب الردة عنده والبداية به اي بقضاء دينه من كسب الاسلام او من الردة اي من كسبه فيها روايتان عن
ابي حنيفة رحمه الله في رواية تقضى دينه من كسب الاسلام فان لم يف يقضى من كسب الردة لان كسب الاسلام ملك الوارث وكسب الردة فيء
والدين يتعلق بمال الموروث الا انه اذا تعذر قضاؤه يقضى من كسب الردة كذمي مات ولا وارث له يكون ماله للمسلمين ولو كان عليه دين
يقضى منه وفي رواية يقضى من كسب الردة فان لم يف فمن كسب الاسلام لان كسب الردة خالص حقه وكسب الاسلام حق الورثة
لزوال ملكه بنفس الردة فقضاء الدين من حقه اولى من الورثة وقالا يقضى منهما اي من كسب الاسلام وكسبه في الردة
لثبوت ملكه فيهما او بيعه وشراؤه وعتقه ورهنه وتصرفه في ماله كالاجارة والوصية وقبض الدين موقوف عند ابي حنيفة رحمه الله
فان اسلم صح عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل وعندهما جاز مطلقا سواء اسلم او لم يسلم الا ان عند
ابي يوسف رحمه الله من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من كل المال لان الظاهر عوده الى الاسلام بازالة شبهة فلا يكون
لعنا الشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله تنفذ كما تنفذ من المريض ويعتبر من الثلث لان الغالب لا يترك ما انتقل اليه
فكان ظاهر حاله التلف فاعلم ان تصرفات المرتد تختلف فان بعضها نافذ بالاجماع كقبول الهبة والاستيلاد فانه اذا جاءت جاريته
حتى اذا جاءت بولد فادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له كذا في المبسوط وكالطلاق
فيما اذا ارتدا معا او احدهما لانه لا يفتقر الى تمام الولاية ولهذا صح طلاق العبد وتسليم منفعته وحجر العبد
المأذون لان كل واحد منهما اسقاط وبعضها باطل بالاجماع كالنكاح والذبيحة والشهادة والارث لانها يعتمد الملة
ولا ملة للمرتد وبعضها موقوف بالاجماع كولايته على اولاده الصغار ومعاوضته عنده لانها يقتضي المساواة ولا مساواة
بين المسلم والمرتد وعندهما يتوقف عندنا وبعضها مختلف فيه كما ذكر في المتن لهما انه صحيح التصرف تعتمد قيام الاهلية
واذا لحق بدار الحرب مع المال ثم ظهر على المال فهو فيء ولا يستحق الحربي ويجوز ان يكون الدفاع ونحوه لا يكون فيئا كما ذكر
فان لحق بدار الحرب ثم عاد واخذ مالا واحقه بدار الحرب ثم عليه كما لو جده الورثة قبل القسمة يرد عليهم وهذا اذا
قضى القاضي بلحاقه وقسم ماله بين ورثته فيكون المرتد اخذ مال الورثة الا ان ما اخذه كان قاضيا ينقض بلحاقه حتى
عاد واخذ المال واحرزه بدار الحرب ثم وقع في الغنيمة ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة وفي بعض روايات السير الكبير
يكون فيئا لا حق للورثة لان الحق لا يثبت للورثة الا بالقضاء وهي موجودة فيه لكونه مكلفا ونفاذه يعتمد الملك
وهو قائم فيه لانه لو كان فيه زايلا لزوال الى ورثته كما بعد القضاء بلحوقه ولم يزل الى الورثة بالاجماع وله ان الحربي في يدينا
تصرفه لتوقف حاله بين القتل والاسترقاق والمرتد يصلح حربيا مقهورا في ايدينا ولهذا يقتل والقتل لا يجب الا على الحربي
وكونه حربيا بسبب زوال ملكه وبطلان تصرفاته الا ان الاسلام من جهة المرتد لبقاء الاجبار من المرتد دون الحربي فاذا عاد
المرتد الى دار الاسلام مسلما بعد الحكم اي حكم الحاكم بلحاقه دار الحرب اخذ ما وجد من ماله في يد وارثه بعينه لان الوارث خلفه فيه

في الملك فاذا وجد الاصل بطل الخلف وكانه انما يعود الى ملكه بقضاء او رضاء ولزوال الوارث من ملكه لا يضمنه لانه
ملكه بقضاء القاضي وعند الثلاثة يضمنه ما اتلفه كذا في العيون وكذا امهات الاولاد ومدبروه لا يعود الى ملكه لانهم عتقوا بقضاء
القاضي والعتق لا ينفسخ بعد وجوده كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض وقضي بفسخ البيع لا يبطل قضاؤه بعوده
من اباقه ولا يقتل المرتدة فتحبس وتضرب في ايام اي في كل يوم مبالغة في الحمل على الاسلام ولا تجالس ولا تؤاكل ولا تبايع كذا
في الحقائق لتسلم وفي رواية تخرج كل يوم وتضرب اسواطا ولو قتلها انسان لا شيء عليه لانه اعتمد على اطلاق النص وهو
مذهب جماعة من العلماء لكن يؤدب ويعزر كذا في الاختيار ونحن نقول نص مخصص فيها فلا يقتل بها لانها لا تقتل ويملكها باقي
قول الشافعي رحمه الله يقتل وهو قول مالك كذا في العيون لعموم قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولنا
لا تقتل المرتدة ونحن نحكم بصحة اسلام الصبي العاقل ولا يرث ابويه ان كانا كافرين ويجبر على الاسلام
لان فيه نفعا له ولا يقتل لانه عقوبة وهو ليس من اهلها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اسلامه ولا ردته وهو قول زفر
لانه مولى عليه في حق الاسلام حتى يحكم باسلامه تبعا لابويه وهذا نتيجة العجز فلا يكون وليا فيه ولنا
افتخار علي كرم الله وجهه بسبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي ولم يعد عليه النحرير وتصحيحه عليه السلام
اسلامه مشهور واختلف الروايات في سنه حين اسلم قال جعفر ابن محمد رحمه الله ابن خمس سنين وهو ابن خمس سنين
وقال العتبي وهو ابن سبع سنين فمات وهو ابن سبع سنين وهو ابن ستين ويحكم ابو يوسف رحمه الله بالملة
دونها اي دون الردة في رواية وهو قول محمد وقول بعض المالكية رحمهم الله لانها ضارة محضة والصبي ليس باهل لها
اذا تمجس يهودي او نصراني او بالعكس اي تمجس نصراني او تهود مجوسي لا يجبر على الاسلام وقال الشافعي
يجبر عليه والا يقتل عليه والاولى قول محمد رحمه الله في رواية كذا في العيون وفي النهاية ينبغي ان يطالب بالعود على دينه لان طلب
الكفر كفر والوجه ان يقال هو غير مقر على دينه عنده ويطالب بالاسلام فهل يترك فيه قولان لان الكفر ملل مختلفة فلا
يتوارث اهل ملتين ولنا ان الكفر كله ملة واحدة فيتوارثون ويتناكحون والمراد بما دون الاسلام والكفر

فصل

في البغاة اذا تغلب قوم مسلمون على بلد وخرجوا عن الطاعة اي طاعة الامام دعاهم الى الجماعة وكشف عن شبهتهم استندوا
اليها في خروجهم عن طاعته لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء وهي قرية من قرى الكوفة قبل قتاله اياهم لانهم
على ابن عباس رضي الله عنهما فدعا اهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم وذلك انه لما حكم ابا موسى الاشعري بينه وبين معاوية
خرجت طائفة من المسلمين على علي رضي الله عنه وقالوا القتال واجب بالنص وعلى ترك القتال بالحكم فارسل علي عبد الله بن عباس
ليكشف شبهتهم وقال ابن عباس بعضهم من الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفي التحكيم لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان
تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر قوم على ذلك ولا يبدا الامام بقتالهم وسدد كشف الشبهة
لانه امور ومن منا المسلم واجب فان اهل العدل اذا لم يعلموا ذلك بل قاتلوهم فلا شيء عليهم لانهم قد علموا ما يقاتلون عليه
فحالهم ذلك

كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة وهذا ما اختاره خواهر زاده كذا في شرح الهداية فان بدءوا اي البغاة بالقتال
قاتلهم الامام حتى يفرق جمعهم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة كذا في الهداية ونحن نجيز قتالهم بسلاحهم
للحاجة اي اذا اصاب اهل العدل كراع البغاة وسلاحهم يجوز ان يستعملوه في قتالهم فاذا فرغوا عن القتال ردوه عليهم
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول مالك واحمد كذا في العيون لان هذا مال المسلم لا ينتفع الا برضاه ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه
استعمل اهل صفين بسلاحهم ثم رده عليهم بعد تفرق شملهم والضرر الادنى يتحمل لدفع الضرر الاعلى واذا لم يعلم الامام خبر
تاهبهم اي استعدادهم للمقاتلة حبسهم ليتوبوا ان لم يكن لهم منعة وان كانت فئة اي للبغاة جماعة اجهز على جريحهم اي قتل
من كان جريحا منهم يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله كذا في الصحاح واتبع موليهم اي اتبع اهل العدل من ولي من
اهل البغي وفر ومنع بقتاله لان جريحهم يحتمل ان يستراح فيعود الى القتال وكذا من ولي منهم وعند الثلاثة لا يجهز جريحهم ولا يتبع
موليهم كذا في العيون وكل من لا يباح قتله من اهل الحرب لا يباح قتله من اهل البغي الا اذا وجد القتال من الصبيان والنسوان
والشيوخ فيقتلون في حال القتال وبعد الانهزام لا يباح قتلهم ثم قتلى اهل العدل شهداء يفعل بهم ما يفعل بالشهداء
يكفنون في ثيابهم فلا يغسلون ويصلى عليهم واما قتلى اهل البغي لا يصلى عليهم سواء كان لهم منعة او لم يكن هو الصحيح
ولكن يكفنون ويدفنون كذا في التحفة والا فلا اي وان لم يكن لهم جماعة لا يفعل كذلك لان الشر مندفع بدونه ولا تسبى
لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لانهم مسلمون معصومون ولكن يحبس مالهم ليتوبوا فيرد عليهم وكذا اسيرهم لا يقتل اذا كان لهم فئة
واذا قتل العادل مورثه الباغي ورثه لانه قتل بحق قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وان قتل الباغي وقال كنت على الحق
وانا الان على حق ورثه لانه اتلفه بتاويل صحيح عند القاتل وهو مع فساده ملحق بالتاويل الصحيح عند انضمامه الى المنعة
في حق احكام الدنيا حتى لا يجب الضمان فلا يجب الحرمان لان الارث يستحق بالقرابة وهذا التاويل يرفع الحرمان الذي
شرع جزاء ولو قال كنت على الباطل حين قتلته وانا اعلم بذلك لا يرث كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان ويحكم ابو يوسف
عدمه اي حرمان الباغي مطلقا سواء قال انا على حق او لا لان قتل العادل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث وتاويله الفاسد
انما يعتبر في حق دفع الضمان والحاجة منا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان تاويله وان كان فاسدا لكنه ملحق
بالصحيح عند انضمامه الى المنعة في حق دفع الضمان كما في منعة اهل الحرب فلا يجب الحرمان لان الارث يستحق بالقرابة وهذا
التاويل لدفع الحرمان الذي شرع جزاء واصله حديث الزهري انه وقعت الفتنة فاجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهم متوافرون على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو هدر وكل فرج استبيح بتاويل القران فلا حد فيه ولاهل البغي
تاويل لانهم يستحلون دماء اهل العدل بتاويل ان مباشرة الذنب كفر عندهم وهم الخوارج وقد صارت لهم منعة
فلا يضمنون كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير وذكر في التحفة وان كان قليلا وهذا اذا اتلفوا في حال التحيز
والمنعة واما اذا اتلفوا اموالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من اهل الاسلام وهذا للحرب

وهو هدر وكل مال اتلف بتاويل القران

للفريقين فاخر ما اتلف من الانفس والاموال لكونه معصومة في هذه الحالة لا بطريق الرفع ولو قصد مسلم قتل شاهر عصا
في المصر نهارا فدفع عن نفسه بالسيف لانه لا يقوم مقامه في تفريق الاجزاء فعليه اى على الدافع القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يلزمه لانه قتله اضطرارا ودفعا للنفس عن الهلاك فصار كما لو قتله اذا قصده بالسيف ليلا كان او نهارا او بالعصا
في المصر ليلا او في المفازة ليلا كان او نهارا وله ان هذا قتل لا عن ضرورة لان القتل بالعصا لا يتعجل فيلحقه الغوث غالبا
في المصر نهارا بخلاف السيف لان القتل به يتعجل وبخلاف المفازة والليل في المصر لعدم لحوق الغوث عادة ولا يؤخذ
ما جباه البغاة اى جمعه من الخراج والعشر ثانيا من المالك لان ولاية الاخذ كانت للحماية وقد عجز عنها فان صرفوه
اى البغاة ما جمعوه مصارفه اجزا ما اخذ اى يكون جايزا عن المالك ما اخذ منه فلا يجب الاعادة والا اى وان لم يصرفوه الى
مصارفها اعادوا فيما بينهم وبين الله لعدم وصول الحق الى اهله وقيل لا اعادة عليهم لان البغاة لما تسلطوا صار
حكمهم حكم الامام ولهذا يصح منهم تفويض القضاء واقامة الجمعة وقيل الاحوط ان يعاد صدقة السوايم والعشر دون
الخراج لانه حق المقاتلة والبغاة مقاتلة يقاتلون اهل الحرب

كتاب الحظر والاباحة

يحرم النظر الى العورة بالنصوص المحرمة وعليه اجماع الامة ولم يبين مقدار العورة ههنا لما ذكر في شروط الصلاة
الا الضرورة كالطبيب فانه ينظر الى موضع المرض فقط لان مواضع الضرورات مستثناة وينبغي للطبيب ان يعلم
المرأة مداواة المرأة لان نظر الجنس الى الجنس اسهل لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والخاتن والقابلة وينظر
الرجل من الرجل والمرأة من المرأة اى ينظر المرأة من الرجل اذا امنت الشهوة ومن المرأة الى غير العورة ومن زوجته
اى ينظر الرجل من زوجته وامته التي يحل له وطيها الى جميعها اى الى جميع عورتها ولو كانت الامة محرمة الوطي
عليه كامة الاخت من الرضاع والمجوسية لا يحل النظر الى فرجها وينظر من محارمه وامة الغير الى الوجه والراس والصدر
والساق والعضدين لان بعض هذه الاعضاء يكون منكشفا في ثياب مهنتهن عادة وبعض المحارم يدخل
عليهن من غير استيذان ولو حرم النظر لادى الى الحرج بخلاف ما سوى الاعضاء المذكورة لانها قلما تنكشف
في العادة فحرم النظر اليها ولا باس بمسه اى بمس ما يجوز النظر اليه ان امن الشهوة وان لم يامن لا ينظر ولا يمس
وليس للشاب وان لم يخف الشهوة ان ينظر من الاجنبية الا الى الوجه والكفين لان في ابداء هذين العضوين
ضرورة في معاملة الرجال في الاخذ والاعطاء فيعفى من هذه الاشياء انه يحرم النظر الى القدمين وفي رواية عن ابي حنيفة
يجوز النظر اليها لظهورهما بالضرورة في المشي ان امن فان خاف الشهوة امتنع عن النظر الا لضرورة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امرأة لشهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة الا القاضي والشاهد فان النظر لها جائز عند القضاء
والشهادة عليها وان خاف الشهوة لضرورة الحاجة الى احياء حقوق الناس واما النظر اليها عند تحمل الشهادة
خوف الشهوة فالاصح انه لا يباح لوجود غيره ممن لا يشتهي ولا يمس وجهها وكفها وان امن على نفسه لعدم الاحتياج

والحل

الى المس على نفسه لقوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع في كفه الجمرة يوم القيمة وينظر العبد
من سيدته ما ينظر الاجنبي اى الموضع الذي يحل ان ينظر الاجنبي وينظر الخصي من الاجنبية ما ينظر الفحل لانه فحل
يجامع وقيل هو اشد جماعا لان آلته لا يفتر وكذا المجبوب لانه ينزل بالسحق وكذا المخنث الذي يتكسر لانه فحل
فاسق وعند مالك يباح الخصي كالمحرم وهو قول العراقيين من اصحابنا كذا في النوازل ولا باس بالنظر الى من يريد نكاحها
وان علم الشهوة في نفسه لقوله عليه السلام ابصرها فانه احرى والمقصود من النظر اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويستحب
بالمصافحة لقوله عليه السلام اذا التقى المؤمنان فتصافحا تناثرت ذنوبهما كتناثر الورق من الشجر قال
النووي في شرح صحيح مسلم مصافحة الناس بعد الفجر والعصر ليس بشيء ولا اصل له وتقبيل يد العالم وكذا
يد رجل متورع والسلطان العادل وبه يفتى كذا في العيون وفي غيرها ان كان يريد تعظيم مسلم واكرامه فلا
باس به والمختار انه لا رخصة فيه كذا في النوازل لما روي ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبلون اطراف رسول الله
صلى الله عليه وسلم وابا بكر رضي الله عنه قبل بين عينيه بعدما قبض ويبيح ابو يوسف رحمه الله للرجل عناق الرجل و
تقبيله لما روي انه عليه السلام عانق جعفر عند قدومه من الحبشة وقبل بين عينيه وقالا يكره لورود النهي عن
المعانقة قالوا الخلاف فيما اذا عانقا عاريين اما اذا كانا مستقصيين فلا كراهة بالاجماع وفيما اذا كان التقبيل
عن شهوة وان كان على وجه المبرة فلا باس وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره مكروه لا رخصة
فيه وما يفعلونه من تقبيل الارض بين يدي العلماء حرام وذكر صدر الشهيد لا يكفر بهذا السجود لانه يريد
التحية قال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وكان الشيخ ابو القاسم يقوم للاغنياء دون
الفقراء والعلماء وليس المنع عن ذلك وقال الاغنياء يتوقعون من التعظيم فلو تركته يتضررون وغيرهم
ليس كذلك ويحل للنساء لبس الحرير لقوله عليه السلام هذان الحرير حلال لاناث امتي والقليل منه معفو كذا
لما روي انه عليه السلام استثنى منه مقدار موضع اربع اصابع كالاعلام فانه جائز وروي انه لبس جبة مكفوفة
بالحرير وعند مالك رحمه الله يحرم على الرجال الا قدر ضبط رقيق كذا في العيون وقال بعضهم يكره للنساء ايضا
وقال بعضهم يباح للرجال ايضا والصحيح ما قلنا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال حرم الذهب
والفضة والحرير على ذكور امتي وحل لاناثهم كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير وتوسده اى جعل الحرير
وسادة وافتراشه مباح عند ابي حنيفة رحمه الله وتعليقه على الباب قال الاكمل وهو قول الثلاثة لان التوسد
والافتراش والتعليق مثل اللبس في عادة الكاسرة والتشبه بهم ممنوع وله ان التوسد ليس بلبس وقد روي
انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير فان الحرير لباس اهل الجنة فجاز القليل منه كالعلم والجلوس عليه ليكون انموذجا لنعم
الآخرة وترغيبا ولا باس بالجلوس على بساط حرير كذا في الخزانة ولبسه في الحرب مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكره

لما روي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير في الحرب ليكون اهيب في عين العدو وبلمعانه وعند الثلثة لا يحل في الحرب ايضا كذا
في العيون ولعموم النهي من غير فصل والمحرم انما يحل للضرورة وما ذكرنا يحصل بالمخلوط بان يكون لحمته حريرا وسداه غيره فلا
يحل المحرم بلا ضرورة ولا باس بلبس ما سداه ابريسم ولحمته قطن او خز وهو موصوف بعلم الحلال لان الثوب يصير ثوبا بالنسج والنسج
باللحمة فكان هي المعتبر دون السدى وما لحمته حرير وسداه غيره فلا باس به في الحرب للضرورة دون غيره ولا يحل التحلي با
الذهب والفضة ويحرم على الرجال لانه عليه السلام قال مشيرا الى الابريسم والذهب هذان حرامان على ذكور امتي وحل لاناثهم
والزجاج المفضض والخاتم وانما استثني هذه الاشيا لما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال وردت في حل ذلك آثار فقصرت
الرخصة فيها خاصة والفضة في معنى الذهب الا الخاتم لما روي انه عليه السلام اتخذ خاتما من فضة ويحل المنطقة وحلية
السيف من الفضة فالتختم بغير الفضة والتحلي بالذهب وغيره غير جائز وقال بعض الناس لا باس به وهو غير صحيح
لما روي انه عليه السلام نهى عن خاتم ذهب وصفر وحديد وقال انه حلية اهل النار ثم ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم
الذي يقال له يشم والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر وقد روي عنه عليه السلام انه تختم بالعقيق كذا
ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير ويجعل الرجل الفص الى باطن كفه والمرأة الى ظاهره لانه زينة في حقها والافضل
لغير القاضي والسلطان ترك التختم وشد السن بالذهب لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله واجازاه وهو قول الثلثة كذا
في العيون كالفضة لما روي ان عرفجة اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من الفضة فانتن فامره النبي عليه السلام
ان يتخذ من ذهب وله ان استعمال الذهب والفضة الا عند الضرورة وهي اذا اندفعت بالادنى وهو الفضة لا يباح الاعلى
والانف في حديث عرفجة بالذهب فكان لضرورة ونحن نقول به وشد الاسنان لا يكفي كذا ويكره ان يلبس الصبي الذهب و
الحرير لان لبسها حرام على الذكور فيحرم لبسها كالخمر فان شربها لما حرم حرم سقيها وفي الجامع الصغير يكره حمل المنديل لمسح
العرق لانه بدعة ولا يفعله النخعي رحمهم الله والتابعون وكانوا يمسحون باطراف ارديتهم والصحيح انه لا يكره لان المسلمين
قد استعملها في عامة البلدان لدفع الاذى وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقد روي انه عليه السلام كان يمسح
وضوءه بالخرقة وحاصله ان من فعل ذلك تكبرا فهو مكروه ومن جعل لحاجته لم يكره كالتربع والاتكاء فان فعل تكبرا
فمكروه والا فلا ويحرم استعمال الآنية منهما اي من الذهب والفضة للرجال والنساء لانه عليه السلام نهى عن شرب في آنيتهما
بقوله من شرب من اناء فضة او ذهب فانما يجرجر في بطنه نار جهنم وسائر الانتفاع كالشرب منها والادهان وغسل اليدين
قبل الطعام لتسهيل الشبان وبعد الطعام اي بعد الشيوخ كذا في النوازل ولا باس بالعقيق والبلور والزجاج
اي لا يكره استعمالها لانها ليست من جنس الاثمان فلا يقع بها التفاخر وعن الشافعي رحمه الله يكره الشرب ايضا كذا في العيون
والشرب في الاناء المفضض اي المرصع والتحلي بالفضة والجلوس على السرير المفضض جائز عند ابي حنيفة رحمه الله اذا اتقى
موضعها اي موضع الفضة بان لا يضع فمه عليها ولا يأخذ موضعها باليد ويكره عند ابي يوسف

الشرب منه وهو قول الثلثة كذا في العيون ووافق محمد رحمه الله في روايتين اي وافق محمد رحمه الله ابا حنيفة رحمه الله في رواية
وابا يوسف رحمه الله في اخرى ولو شرب من الاناء المموه بالفضة التي لا تتخلص لا باس به بالاجماع لانه يكون مستهلكا
لهما ان الاستعمال جزء من الاناء كاستعمال كله فيكره وله ان الاستعمال قصدا ورد على الجزء الذي يلاقي به العضو
وما سواه تبع في الاستعمال ولا معتبر في التوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والسماء من الذهب والفضة
ويقبل في الهدية والاذن اي اذن المولى لعبده في شراء وبيع قول صبي وعبد وامة استحسانا لان الهدايا يبعث على
ايدي هؤلاء عادة والعبيد يبيع في الاسواق ويشتري فلا بد ان يصدق في قولهم هدى هذا اليك فلان
واذن لي مولاي والا لصار حرجا على الناس وفي المعاملات قول الفاسق فيكثر وجوده والعدل لا يوجد في كل موضع
فيقبل قول الواحد عبدا او حرا دفعا للحرج وعند الثلثة لا يقبل في المعاملات ايضا كذا في العيون وفي الديانات
قول العدل حرا كان او عبدا لان وجوده لا يكثر كالمعاملات فلا يقبل الا قول المسلم العدل فاذا اخبر مسلم عدل
بنجاسة الماء لم يتوضأ وان اخبر فاسق او مستور تحرى فان غلب ظنه على صدقه يتيمم وان غلب على كذبه يتوضأ ثم يتيمم
احتياطا لان الفاسق متهم بالكذب وقول المستور لا يقبل فيها في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله يقبل بناء على
جواز القضاء بظاهر العدالة عنده والاول هو الصحيح كذا في الكافي ويعزل المولى عن امته في الوطء بغير اذنها
وبغير اذن الزوج زوجته لان لها حقا في الوطء وتحصيل الولد ولهذا تخيرت اذا ظهر زوجها مجبوبا ولا حق للامة
في الوطء ويكره استخدام الخصيان لانه يكون باعثا للناس على هذا الفعل الشنيع ولا باس باخصاء البهائم وعند الثلثة
في الخيل كذا في العيون وانزاء الحمير على الخيل لان فيهما منفعة للناس يقال خصا مخصية خصاء والاخصاء في معنا
خطاء ويحرم الشطرنج مطلقا قامر به او لا واما اذا قامر به يكون ميسرا وهو حرام بالنص فيسقط العدالة وان لم
يقامر يكون حراما ايضا لانه لعب وهو لهو لما روي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فسئل
عنه فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام وقال الشافعي رحمه الله يجوز اللعب بالشطرنج لانه فيه تشحيذ الخاطر
وتذكية الفهم وهو مروي عن محمد وانما يجوز لعب الشطرنج عنده بدون القمار والا يكون حراما عنده ايضا ويكره تعشير المصحف
ونقطه لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا المصاحف في التعشير والنقط تركا للتجريد قال صاحب الهداية في زماننا لا بد للعجم
ولا باس بتحليته اي بجعل المصحف حليا تعظيما وهو قول الثلثة وبه يفتى كذا في العيون ونقش المسجد لان عثمان رضي الله عنه
فعل ذلك بمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر الصحابة رضي الله عنهم ويكره بيع السلاح ايام الفتنة اذا علم ان المشتري
من اهل الفتنة لانه يكون سببا للمعصية ويجيز ابو يوسف رحمه الله بيع ارض مكة كبنائها وكرهاه اي جوزاه مع الكراهة
والجواز بلا كراهة كما قال ابو يوسف رحمه الله رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله وبه يفتى كذا في العيون لان
في اثبات الكراهة حجرا على الملاك العقلاء وهو مع وجه الكراهية انه عليه السلام قال الا ان مكة حرام لا يباع رباعها

ولا يورث فظاهر النص يقتضي جواز التصرف ملكا فيثبت بينهما وهو الكراهة ويجوز بيع العصير ممن يتخذ خمرا لان
عين العصير عار عن المعصية وانما يلحقه الفساد بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان عينها آلة الشر بلا تغيير
واذا باع مسلم خمرا وقبض الثمن وعليه اي على البائع المسلم دين كره لرب الدين اخذه منه بالاجماع لان الخمر ليست بمال متقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلم يحل له اخذه ولو كان البائع الذمي كيلا لا يكره لرب الدين اخذه لان الخمر مال
متقوم في حق الذمي فملك الثمن فحل اخذه منه ونحن نجوز بيع الروث وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول مالك واحمد
لانه نجس العين فشابه العذرة وبيعها لا يجوز بالاجماع وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا انه مال منتفع به يلقى في الارض لاكثار
الريع فيجوز بيعه بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها مجردة بل مخلوطة بالتراب الغالب عليها ويكره الاحتكار في اقوات
بني آدم والبهائم فيما هو يضر باي بذلك البلد الاحتكار والاحتكار في غير الاقوات غير مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الاضرار فيه اخص وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما كان يضر العامة حبسه فهو احتكار ولو لم يضر بالبلد لا يكره به
قالوا حد الاحتكار ان يكون في مدة طويلة وقدره بعضهم باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر وما فوقه كثير اجل قيل هذا الحد في حق المعاقبة في الدنيا
واما الاثم فحاصل وان قصرت المدة فاذا رفع امر المحتكر الى القاضي يبيع طعامه بغير رضاه بالاجماع وابو حنيفة رحمه الله
كان لا يرى بيع مال المديون جبرا لكن اجازه هنا دفعا للضرر العام كالحجر على الطبيب الجاهل واذا احتكر غلة ضيعته
جاز لانه خالص حقه لم يتعلق حق العامة والمجلوب من بلد آخر لا احتكار فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا في الاحتكار
لكن عند محمد رحمه الله انما يكره اذا كان المجلوب منه قريبا الى المصر بحيث يجلب عنه غالبا وان كان بعيدا لا يجلب عنه في
العادة لا يكره الاحتكار فيما جلب منه ولابي يوسف رحمه الله اطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو خاطئ ولمحمد رحمه الله
ان القريب من المصر يكون كفنائه فيتعلق به حق العامة والبعيد ليس كذلك ويكره التسعير لان الثمن حق العاقد
وتقديره يكون اليه ولا ينبغي للامام ان يتعرض به الا اذا كان ضررا للعامة بان يبيع قريبا من مائة بما يتجاوز
خمسين فيمنع ويقيد السعر بمشورة من اهل البصيرة وعند الشافعي رحمهما الله يكره ايضا كذا في العيون
وفي الهداية من باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع والبائع اذا خاف ان يضربه الامام ان نقص
من السعر لا يحل لما باعه لانه في معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له بعني مما يحب في باي شيء باع يحل واصطلح
اهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فالمشتري اذا وجد المبيع ناقصا عنه له ان يرجع على البائع بالنقصان
لان المعروف كالمشروط كذا في النتف ويمنعوا لا ان فهي رحمه الله اجازوا للذمي دخول المسجد وقال مالك رحمه الله لا يجوز
لقوله تعالى انما المشركون نجس ونحن نجيز اي دخول الذمي في الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول احمد
لقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولنا ما روي انه عليه السلام امر ان يضرب خيمته في وسط المسجد

للوالم لوفد ثقيف فنزلوا فيها وكانوا كفارا ولا نجيز ابو يوسف رحمه الله الدعاء بمقعد العز من عرشك وهو قول
الثلاثة كذا في العيون لان الدعاء بهذا اللفظ ماثور عن النبي عليه السلام اني اسألك بمعقد العز من عرشك وكرهاه
لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وما رواه من الدعاء غريب فتقديم القاطع اولى
تصحيف بل يؤدي الى الكفر لانه يكون من العقود وفيه تشبيه الخالق بالمخلوق تعالى الله عن ذلك ويكره ايضا ان يقول في
الدعاء بحق نبيك لانه لا حق لمخلوق على الخالق **فصل** في المسابقة ويجوز المسابقة على الاقدام
والخيل والحمير والابل والرمي لانها من اسباب الجهاد ويحتاج اليها في اقامة الفرض فان شرط فيها جعل من
احد الجانبين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي او من ثالث لا سبق منهما بان يقول
الثالث كالامير مثلا يقول لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا وان لم يسبق فلا شيء عليه ويقول لجماعة
الرماة من اصاب الهدف فله كذا جاز في هذين الوجهين لاشتماله على التحريض على آلة الحرب وان من الجانبين حرم
لكونه قمارا الا ان يكون بينهما محلل بفرس كفء بتشديد الفاء اي نظير لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما وان لم يكن المحلل
مثلهما لم يجز لانه لا فائدة في ادخاله بينهما ولم يخرج من ان يكون قمارا ان سبقهما اخذ منهما الجعل وان سبقاه فلم
يعطهما شيئا وفيما بينهما ايهما سبق اخذ من صاحبه وعلى هذا التفصيل اذا تنازعا في مسألة وترجعا الى شيخ لان
في ذلك كان في المسابقة حث على الجهاد

كتاب الوصايا

اعلم ان الوصية على اربعة انواع واجبة كالوصية برد الودائع والديون المجهولة ومستحبة كالوصية بالكفارات
وفدية الصيامات والصلوات ومباحة كالوصية للاغنياء من الاجانب والاقرباء ومكروهة كالوصية لاهل الفسق
والمعاصي تستحب الوصية وكان القياس ان لا يجوز لانه تمليك مضاف الى حال زوال الملك وهو ما بعد الموت ولكنا
استحسنا جوازه للحاجة العامة ولما نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية او دين ولقوله عليه السلام ان
الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه
اجماع الامة فان الانسان يبتلي بطول ويقصر فيما يقربه من العمل فيتدارك حين يحتاط الاجل لبعض ما فرط منه
من الزلل فتصرف له الى الخيرات ويبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجات كما يبقى في قدر التجهيز والدين
ويقدر نهايتها بالثلث بلا اجازة الورثة ويفضل ان ينقص عنه اي من الثلث لقوله لسعد رضي الله عنه حين قال
اوصي بجميع مالي قال لا قال اوصي بنصف مالي قال لا قال اوصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنياء
خير من ان تدعهم عالة فاستحب النقصان من الثلث ليس مقيدا بغنا الورثة وفقرائهم لان تنقيصه صلة
القريب بترك ماله عليه وهو اولى لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي رحم محرم فان تحمل الثلث استوى في تمام حقه
ولا صلة لتمام الوصية بالثلث اولى من تركها ان يتركها ان كان ورثته فقراء لا يستغنون بانصبائهم

لايمارى بعض لان فيه رعاية الفقراء والقرابة معا فكان اولى وان كانوا يستغنون بما يرثون فالاولى ان يوصى
بما دون الثلث لاطلاق قوله عليه السلام الثلث كثير ولاشتمالها الصدقة على الاجنبي والصلة على القريب ويصح
الوصية بالثلث وما دونه مستحب للاجنبي مسلما كان او كافرا ذميا لانه تبرع كل منهما للاخر جائز حال الحيوة وكذا بعد الممات
والوصية من الحربي باطل وهذا للثلث يصح كذا في العيون بغير اجازتهم لانه تصرف فيما هو محض حقه وهو الثلث ولا يجوز
الوصية للوارث لقوله عليه السلام الا لا وصية لوارث الا باجازة الورثة ويعتبر كونه وارثا وقت الموت لا وقت الوصية
لانهم ولد الابن صحت الوصية ولا يجوز الوصية بالاجنبي بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام الحيف في الوصية من اكبر
الكبائر وفسر بالزيادة على الثلث والوصية على الوارث كذا في العيون الا بها اى باجازة الورثة اذا كانوا كبارا لان
المنع كان لتعلق حقهم بالتركة فاذا اجازوا فقد زال سبب المنع وقال الشافعي لا يجوز اصلا اى لا يجوز بطريق التنفيذ
بل ابتداء تبرع كذا في النوازل واذا لم يكن وارث نحو تجيزه بالكل اى وصية كل ماله لاجنبي وقال الشافعي رحمه الله صحت
الوصية بالثلث ووضع الثلثان لبيت المال لان محل الوصية هو الثلث وهذا مبني على اصل عنده وهو ان
بيت المال وارثا وعندنا لا ولنا ان ما زاد على الثلث لعامة المسلمين والموصى منهم وقد ترجح بايصاله ونحو لا تجيز
اى الوصية للقاتل وهو مباشر القتل حقيقة عامدا كان او خاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل وان لم يباشر
يكون سببا للقتل فيكون وارثا فيندرج تحت لوارث الا باجازتها اى ان اجازة الورثة جازت والا فلا لان المنع
كان لحقهم وقال الشافعي رحمه الله يجوز بلا اجازتهم وهو قول مالك ولهما رحمهما الله لان جناية القاتل لا يخرج عن اهلية
التبرع عليه غيره ولا يعتبرها ابو يوسف رحمه الله الاجازة لان امتناع الوصية لاجل الجناية وهي قائمة ولم يكن
وارثا اصلا يجوز عنده خلافا لهما لو كان القاتل صبيا او مجنونا جازت الوصية وان لم يجز الورثة بالاجماع ونحو لا تجيز
من صبي مميز اى وصية الصبي القريب الى البلوغ وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو قول مالك واحمد رحمهما الله كذا في العيون
لما روى ان عمر رضي الله عنه اجاز وصية غلام يافع ولنا انه تبرع وهو ليس من اهله وما رواه محمول على الوصية في تجهيزه
ودفنه جائز عندنا ايضا وكذا الخلاف في المجنون كذا في المحيط وكذا لا يصح وصية المديون لو دينه محيطا فان الدين
مقدم على الوصية كذا في العيون ولا تجيز الوصية من معتقل اللسان بالاشارة وعند الشافعي رحمه الله يجوز لان الاشارة
قائمة مقام العبارة في الاخرس للعجز فكذا هنا ولنا ان الموضوع للبيان هو العبارة والاشارة قامت مقامها في الاخرس
لليأس عن العبارة وفي المعتقل المرض زواله مرجو فلا يكفي اشارته للبيان مع امكان العبارة عنده وعن احمد رحمه الله
لو دامت العقلة الى وقت الموت يجوز وكان كالاخرس وعليه الفتوى ولا يجوز من مكاتب مع وفاته لان الوصية
تبرع وهو ليس من اهله ويصح الوصية للحمل لان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعل خليفة في بعض ماله والجنين يصلح
خليفة في الارث فكذا في الوصية فالوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة شرط القبض اذا امكن ولشبهها بالميراث

سقط اذا لم يكن عملا بالشيئين وبه اى يجوز وصية بحمل جارية لفلان اذا وضع لاقل من ستة اشهر من يوم الوصية
لتيقن وجوده عند الايصاء كذا في النهاية وذكر في الكافي ما يدل على انه اوصى للحمل يعتبر من وقت الوصية ولو
اوصى به يعتبر من وقت الموت وبها دونه فاذا اوصى بجارية لفلان دون حملها صحت الوصية لان افراد الحمل بالوصية
صحيح فيصح استثناؤه ويعتبر قبولها اى قبول الوصية وقبوله بعد الموت فيعتبر قبولها بعد فيما اوصى به
تمكنا بالقبول فلو قبل بعد الموت لانه لو ثبت الملك بغير قبول لتضرر به الموصى له اذا كانت الوصية بعبد زمن
او اعمى حيث يجب عليه نفقته وعند زفر رحمه الله لا يملك الا بعد الموت كذا في العيون وفي النوازل قال زفر وهو قول
الشافعي رحمهما الله يثبت له من غير قبول كالميراث الا انه يجوز له بعد الموصى قبل القبول فيملكها ورثته اى ورثة
الموصى له استحسانا لان الوصية قد تمت بموت الموصى لا يحتمل الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له
فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار اذا مات من له الخيار قبل الاجازة دخل المبيع في ملكه فينتقل
الى ورثته ويجوز له اى للموصى الرجوع عنها صريحا بان قال رجعت عما اوصيت به ودلالة بان يفعل في الموصى به
فعلا يدل على الرجوع كما اذا اوصى بقطن فغزله او بلحم او بشاة فذبحها ولا يجعل ابو يوسف رحمه الله جحوده اى
انكار الموصى وصيته رجوعا لان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط ولهذا
قالوا اذا جحد المرتد كان تائبا وخالفه محمد ابا يوسف رحمه الله وقول محمد رحمه الله يختار الفتوى لان الرجوع اثبات
للوصية في الماضي والجحود نفي اصل العقد فلا يجامعه الرجوع ولهذا قالوا جحود النكاح لا يكون طلاقا
اعلم ان الدخول تحت الوصية اول مرة غلط والثاني جناية والثالث ضمان وعن الحسن لا ينجو الوصي عن الضمان
ولو كان عمر كذا في النوازل واذا اوصى لرجل اى جعل وصيا فقبل في وجهه ورد في غير وجهه فليس برد لانه لما قبل
في وجهه اعتمد الموصى على قبوله فلو جاز له الرد بغير حضرته كان غرورا به لانه يموت بلا وصي فلم يجز كالوكيل
يعزل نفسه بغير حضرة الموكل وان رد في وجهه صح فالرد والقبول في حال الموصى اذ لا غرور فيه لامكان ان
يوصي الى اخر وان سكت الوصي فلم يقبل في وجهه ولم يرد حتى مات الموصى خير الوصي ان شاء قبل وان شاء رد
فلو باع شيئا من تركته يكون قبولا وينفذ بيعه سواء علم بالوصايا او لا بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل
فباع لا ينفذ لان الوصاية خلافة لثبوته حال ولاية الميت فلم يتوقف على العلم كالوراثة واما التوكيل فليس
باستخلاف لثبوته حال قيام الموكل فلم يصح بغير علم من يثبت عليه فان رد الوصي الايصاء في غيبته او بعد موته
ثم قبل يعني اعتبرنا قبوله ان لم يخرجه القاضي ولو قبل بعد اخراج القاضي لم يصح قبوله لانه قضاء في مجتهد فيه
لا رده مطلقا نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يعتبر رده سواء اخرجه القاضي او لم يخرجه لان الايصاء يرتد برده
وكذا في غيبته ولنا ان الايصاء شرع نفعا للموصى فلو ارتد بغيبته لتضرر به الموصى فاذا بطل رده

يعتبر قوله او اوصى بالثلث اى بثلث ماله لرفقال لا اقبل فى حال حيوته ثم قبل بعد موته نحن لجزناه وقال زفر رح
لايجوز قبوله بعد رده وهو قول الشافعى رحمه الله شاذا كذا فى العينى لان الوصية بطلت بالرد فلا يصح فلا يصح قبوله
بعد ذلك كالاقرار اذا رد بتكذيب المقر له لم يصح تصديقه بعد ولنا ان الوصية تمليك مضاف الى بعد الموت فيعتبر
الرد والقبول بعده فبطل الرد قبله ويضم القاضى الى العاجز من يعينه عليه لحق الموصى والورثة فان شكى الذى
اى شكى الوصى القاضى عجزه عن القيام بالوصية لا يجيبه القاضى شكايته ولا يضم اليه اخر لاحتمال كذبه حتى يتحقق اى يعلم عجزه
يقينا فان ظهر عجزه اى عجز الوصى للقاضى اصلا بحيث لا يكون قادرا على التصرف استبدل غيره رعاية للجانبين وان شكى
منه الورثة اى من الوصى لا يعزله القاضى لانه استفاد الولاية من الميت حتى يظهر له خيانته فاذا ظهرت عزله لان الميت انما
استخلفه لامانته فلما فاتت ينوب القاضى منابه فى الايصاء الى الامين وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه القاضى
و فى هذه العبارة دلالة على ان الايصاء الى هؤلاء صحيح لان الاخراج انما يكون بعد الدخول وعند الثلثة لا تصح
وهو رواية هنا كذا فى العينى وجه الصحة ان اصل النظر ثابت لهؤلاء باعتبار قدرة العبد وولاية الكافر فى الجملة حتى
نفذ شراء عبد اسلم او ولاية الفاسق على نفسه وعلى من هو من اصله ونصب غيره انما للنظر لان فى العبد توقف
ولايته على اجازة المولى واما الكافر فلمعادات الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واما فى الفاسق فلموضع التهمة
بسبب او اوصى الى عبد نفسه اى جعل عبده وصيا وفى الورثة كبار لم يصح الايصاء لان الكبير منعه عن التصرف فى نفسه
فيخلو الوصية عن فائدتها وان كانوا صغارا فهى اى الوصية الى العبد صحيحة عند ابى حنيفة رحمه الله ولا يصح عندهما وهو
قول الشافعى رحمه الله كذا فى العينى فان القاضى يخرجه عن الوصية ويقيم غيره مقامه لانه بالطلاق وتصرف قبل ان يخرجه القاضى
نفذ تصرفه كذا فى الحقايق ولو اوصى الى مكاتب جاز بالاجماع لهما ان فى هذه الوصية اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا
قلب المشروع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم
ولاية المنع من التصرف لا منافاة والظاهر انه شفقته عليهم اكثر من الاجنبى ولو اوصى الى اثنين يجيز ابو يوسف رحمه الله
انفراد احدهما بالتصرف مطلقا اى فى جميع الاشياء وهو قول الثلثة كذا فى العينى لان الوصاية سبيلها الولاية وهو وصف
شرعى لا يتجزى فثبت لكل منهما على الكمال كولاية الانكاح للاخوين وهما اى قالا لا ينفرد لان الولاية تثبت بالتفويض
فيراعى وصفه وهو الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضى الموصى الا بالاجتماع لان رأيهما الا فيما لا يحتاج الى الرأى كقبول الهبة
الا فى شراء كفن وتجهيزه وطعام الصغير وكسوته ورد وديعة بعينه وقضاء دين اذا كانت التركة من جنس الدين
وخصومة وقبول هبة وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد معين اذا كانت تخرج من الثلث فان التصرف فى هذه الاشياء
ضرورى والضرورات تستثنى اما الشراء الكفن والتجهيز فلان فى تاخيره الى الحضور خوف فساد الميت واما طعام الصغار
وكسوتهم فلخوف الجوع والعرى واما فساد الميت والطعام الصغار وكسوتهم فلخوف اى عالم بالتاخير ولهذا يملكه كل من هو بعيد ولذا كان الغنيا

والمرهد وديعتها وقضاء دين فلانه من باب الاعانة وليست من باب الولاية لا يحتاج فى ذلك الى الرأى وصاحب الدين
اذا ظفر بجنس حقه يأخذه واما الخصومة فى حقوق الميت فلان الاجتماع فيها متعذر واما قبول الهبة فلان فى التاخير
آفة الفوات واما تنفيذ وصية فلعدم توقف ذلك على الرأى او اوصى الى كل واحد منهما من الوجهين على انفراد ينفرد كل
منهما بالتصرف بالاجماع كالوكيلين لانه صار برأيه وحده وقيل هذا على الخلاف فى هذه المسئلة وفى التى قبلها وا حد
لان وجوب الوصية عند الموت فيصيران وصيين عند الموت دفعة بخلاف الوكيلين لان الوكالة يعقب احدهما
وذكر فى المبطوع هذا القول هو الاصح واذا اوصى الوصى الى اخر اى اذا مات الوصى واوصى الى اخر وهو قول لعهد يرى فى
رواية كذا فى العينى يجعل وصيا فى التركتين اى فى تركة الميت الاول وقال الشافعى رحمه الله لا يكون وصيا فى تركة
الميت الاول لان الوصى كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره فكذا الوصى ولنا ان الوصى لما اعتمد عليه بعد موته مع علمه
انه قد يعجز بسبب من الاسباب كان اذنا له بايصائه الى غيره واقامته مقامه فى تحصيل ولا كذلك الوكيل لان الموكل يمكن
مقصوده بنفسه فلا يوصى توكيلا غيره او اوصى فى تركة نفسه الى اخر فهو وصى فيهما اى فى التركتين عند ابى حنيفة رحمه الله
وخصاه به وقالا هو وصى فى تركة نفسه الموصى لانه نص على الايصاء من تركة نفسه فيقتصر عليه وله ان الوصية الخلاف فيما
كان امر الولاية وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزله فيهما ولو قال اوصيت اليك فى امورى
وامور الميت الاول يصير وصيا عنهما بالاجماع كذا فى الحقايق وان اوصى الى زيد فى الاعيان اى فى التصرف فى الاموال المعينة
واوصى الى بكر فى الديون خص محمد رحمه الله كلا منهما فيما خصه كالمضاربة اذا خصها ببعض التجارات يختص به وقالا
وصيان فيهما اى فى الاعيان والديون لان الدين يصير عينا بواسطة القبض والعين دينا بواسطة الهلاك وكانا
وصيين فى كل الاموال ولان الولاية لم يكن متجزية فى حق الموصى فكذا لا يتجزى فى حق من قام مقامه وكذا الخلاف فيما
اذا جعل احدهما وصيا لبعض اولاده وميراثهم والاخر لبقيتهم وميراثهم وقيل قول ابى يوسف مع محمد رحمهما الله والصحيح مع
ابى حنيفة رحمه الله كما فى الهبة ويجوز له ان يحتال اى قبل الوصى الحوالة بمال اليتيم ان كان خيرا بان كان المحال عليه املأ من المحيل
وان لم يكن خيرا بان يكون مادونه او مثله لم يجز ويبيع عنه اى بيع وصى الاب شيئا من مال الصبى وشرائه لنفسه اى شراء الوصى
عينا من مال الصبى لنفسه ولو بمثل قيمته او بغبن فاحش لم يجز وفيه نفع وفى الصبى بان اشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر او باع
ما يساوى خمسة بعشرة جاز عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفى العقد فى البيع
لامتناع ان يكون مطالبا وقيل ان ابا يوسف رحمه الله رجع الى قول ابى حنيفة رحمه الله الا الاب فانه جاز له لكمال شفقته وله
ان الوصى قائم مقام الاب وخليفته وله ولاية نافذة فى التصرف بشرط ظهور النفع ولا يجوز للوصى القاضى ان يفعل ذلك
بالاجماع لانه وكيل ولا يجوز بيع الوكيل وشراؤه لنفسه وكذا الوكيل الوصى فى شراء مال اليتيم لاجل الوصى لم يجز الا اذا كان
الوصى حاضرا ونحن اجزنا للاب شراء مال ولده الصغير من نفسه بمثل القيمة وبغبن يسير وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حقوق

العقد من الجانبين متنافية لا يتصور قيامها بشخص واحد الا اذا كان بغبن فاحش على الاظهر لتنفيع ولنا ان الاب
لكمال ولايته ووفور شفقته جعل كشخصين قبولي طرفي العقد وقد مر بيانه في اول كتاب البيوع ولا يقرض الوصي ماله
اي مال الولد لنفسه ويجوز للاب ان يقترض لنفسه وليس لهما اي للوصي والاب اقراضه حفظا للمال الصغير عن الضياع
ولو اقرضه لا يعد خيانة ولا يعزل به ولو اقترض فهي للقاضي كذا في جامع الفصولين ويجوز للقاضي اقراضه لقدرته
على الاستيفاء بالجبر وغيره ولا يجوز بيعه اي بيع الوصي الصبي وشراؤه بغبن فاحش وبغبن يسير جاز وعند ابي
يوسف والثلثة رحمهم الله الا ان لم يكن فيه منفعة لليتيم كذا في العيون ويضارب فيه اي ياخذ الوصي مال اليتيم مضاربة فيشهد على ذلك
لنفي التهمة وعن محمد رحمه الله اذا لم يشهد فحمله المال لليتيم ويدفعه مضاربة لانه قايم مقام الاب في ياكل منه اي الوصي من مال
اليتيم عند الحاجة اذا ذهب فيما يتعلق لحاجته لقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف واذا كان في الورثة صغار
وكبار غيب جمع غايب وحضور جمع حاضر فللوصي بيع عقارهم وعروضهم من نصيب صغارهم وكبارهم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان كانوا حضورا لم يبع نصيب كبارهم عروضا كان او عقارا وله ان يبيع نصيب الصغار من العروض والعقار
او غيبا ان كان الورثة غايبين كبارا باع عروضهم لا غير اي لا يملك بيع عقارهم لانه لا ولاية على الكبار الحضور ولا
ولاية له في بيع عقار الغيب لانه ليس من اسباب الحفظ وبيع العروض من باب الحفظ لان حفظ ثمنها ايسر وله
بيع نصيب العقار جائز بالاجماع وفي نصيبهم ثم يعتبر بالصغار لان بعض العقار شايعا لا يشتري به فيثبت
ولاية الكل نظرا لهم ودفعا للضرر عن الصغار ولو كانت الورثة كلهم صغارا سواء كانوا حضورا او غيبا للوصي
بيع العقار والعروض جميعا على الميت دين او لا بمثل القيمة او بما يتغابن الناس فيه بالاجماع وفي الكافي هذا جواب
السلف والمجوز المتاخرين فانه لا يجوز بيع عقار الصغار الا اذا كان على الميت دين ولا وفاء له الا من ثمن العقار
او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى لو كانوا كبارا حضورا
ولا دين ولا وصية لا يجوز للوصي بيع شي من التركة لعدم ولايته على الكبار ولو كانوا كلهم غيبا مدة السفر
ولم يكن في التركة دين ولا وصية فله بيع العروض دون العقار بالاجماع والخلاف في حال الاختلاف بان يكون
البعض كبارا والبعض صغارا او بعض الكبار حضورا وبعضهم غيبا وله بيع كل التركة عند ابي حنيفة رحمه الله بدين
او وصية اي اذا كان على الميت دين او كان فيه وصية ينفذ ولا نفاذ فيها او كان الورثة كبارا حضورا وقالا للوصي
بيعها بقدرهما اي بقدر الدين والوصية لان البيع للدين او الوصية لا يجوز الا بقدرهما وله ان كل جزء من التركة مشغول
بالدين والوصية ولهذا لو هلك شي من التركة يجب قضاء الدين وتنفيذ الوصية مما بقي فجاز له بيع كل التركة لشيوع
الدين والوصية في كل التركة كشهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت مردودة عند ابي حنيفة رحمه الله وشهادتهما
في غيره اي غير الميت مقبولة عند ابي حنيفة رحمه الله واجازاه اي الشهادة الوصيين مطلقا في الوجهين لانهما اجنبيان

عن المشهود به اولا ولاية لهما على الكبار فعريت الشهادة عن التهمة فتقبل ولو شهد وصيان ان الميت اوصى الى زيد
معهما لغت بالاجماع الا ان يدعي زيد وكذا الابنان كذا في العيون وله انهما متهمان في هذه الشهادة لانهما توجبان لانفسهما
حق الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث الكبير فلا تقبل وانما تقبل شهادتهما في غير التركة لان الميت قائم مقام
نفسه في تركته لا في تركة غيره ولو كانت الورثة صغارا لا يجوز شهادتهما بالاجماع سواء شهدا بمال الميت او بغيره لانهما شهدا
لانفسهما بولاية التصرف في المشهود به ولو شهد اثنان لاثنين بالف درهم دين على ميت وشهد هذان لهما بمثل ذلك اي لكل
المشهود لهما ان للشاهدين على الميت الفا بعد دعواهما لا يقبل ابو يوسف رحمه الله الشهادتين في الدين كما
في الوصية اي كما لا تقبل بالاجماع اذا شهدا ان الميت اوصى لرجلين بالف فادعى الشاهدان الميت اوصى لهما بالف وشهد
الموصى لهما ان الميت اوصى للشاهدين بالف لا تقبل الشهادتان بالاجماع لان الدين بعد الموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة
بالموت وكان الشهادة تثبت حركة الشركة فيتحقق التهمة وقالا تقبل لان الدين يجب في الذمة وهي تقبل حقوقا
بشي فلم يقع الشركة فيها او لا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة ولهذا لو هلكت التركة لا يسقط الدين فوقعت
الشهادة لغير الشاهد فتقبل ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه بخلاف الوصية
لان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة فصار كل واحد من الفريقين مثبتا لنفسه حق
المشاركة في التركة فلا يصح شهادتهما ولو شهدا انه اوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين
انه اوصى لهما بعين آخر تقبل الشهادتان بالاجماع لانه لا شركة فلا تهمة ولو كان المشهود عليه حيا في الصحة تقبل
لان الدين اذ ذاك لم يتعلق بالمال فلا تهمة كذا في الحقايق ويصدقه ابو يوسف رحمه الله الوصي في قوله اديت خراج اي خراج
الارض للصبي وجعل عبد الابق بغير بينة واوجبها محمد رحمه الله وقال لا يصدق الا ببينة كما لو قضى القاضي عليه
نفقة ذي رحم محرم منه فقال القاضي اديتها وله ان الوصي امين في حوائجه وهذا من حوائجه فيصدق فيه كما يصدق في
في قوله اديت نفقته ونفقة عبيده بخلاف نفقة محارمه لانها ليست من حوائجه واذا قضى مريض دين بعض غرمائه
ثم مات لا يشاركه الباقين معه اي لا يكون القابض احق بما قبضه عند سائر الغرماء يشاركونه على قدر حصصهم
وقال الشافعي رحمه الله هو احق بما قبض لانه قضى حق ماله نفسه وكذا الغريم بالقبض فيختص به كما في حال الصحة
ولنا ان حق الغرماء تعلق بماله في مرضه وتخصيص احدهم لا يبطل حق الباقين فيشاركونه وائمتنا والشافعي رحمهم الله
اجازوا للورثة ابطال ما اجازوه من تصرفاته اي اذا اجاز الورثة تبرع المورث في مرضه فلهم ابطاله بعد موته وقال الكل
ليس لهم ذلك لانهم ابطلوا حقهم وما ابطل لا يعود ولنا ان الورثة لا ولاية لهم على مال المورث حال حيوته فصار الاجازة
كانه لم يوجد فيكون لهم ولاية ما زاد على الثلث وائمتنا والشافعي رحمهم الله جعلوا حكم الحامل عند الطلق كمرض الموت اي
حكم الحامل كحكم الاصحاء حتى يعتبر لها الطلق لا بعد ستة اشهر في قول مالك رحمه الله فانه قال حكمها بعد مضي ستة اشهر

الطلاق حكم المريض مرض الموت لان ولادتها تتوهم بعد ستة اشهر ساعة فساعة والولادة مظنة الهلاك ولنا انها
صحيحة اذا اخذ الطلق فهي مريضة حقيقة والمراد من الطلق الوجع الذي يكون اخره انفصال الولد عنها والا فلا منها
بان تموتها لان مرض الموت ما يتصل به الموت لا كل الوجع لانه قد يأخذ ثم يسكن **فصل** في الايصاء
وغيره اوصى لزيد بسيف قيمته مائة ولبكر بسدس ماله والحال ان مخلفه سوى السيف وسلم اليهما السيف وسكت خمسمائة
ياخذ بكر سدسها اي سدس خمسمائة ومن خمسة اسداس السيف وسدس السيف بينهما اي بين زيد وبكر نصفان عند
ابي حنيفة بناء على ان القسمة عنده بطريق المنازعة فنقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بجميعه ووصية بسدسه
لان الموصى له بسدس المال والسيف من جملة ماله فيدخل في الوصية بالسدس جزء فجعلنا السيف على ستة اسهم
لحاجتنا الى السدس ثم نقول لا منازعة لصاحب السدس في السيف فيما سوى السدس فيسلم خمسة اسداس السيف للموصى له
بالسيف فبقي سهم واحد وهو السدس وقد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفان فلم يستقم سهم على اثنين فضربنا
الستة على اثنين فصار اثني عشر واذا صار السيف اثني عشر وقيمته مائة صار خمسمائة على ستين سهما بان كان كل
مائة اثني عشر فصار المجموع اثنين وسبعين ونفذنا الوصية في اثنين وعشرين للموصى له بالسيف احد عشر سهما كلها من
السيف وللموصى له بالسدس احد عشر سهما ايضا سهم من السيف وعشرة اسهم من باقي المال وسهام الوصايا اقل
من ثلث المال لان ثلث المال من اثنين وسبعين اربعة وعشرون وسهام الوصايا اثنان وعشرون وسهام الورثة
خمسون وهو اكثر من ثلثي المال لان ثلثي المال ثمانية واربعون فاذا كان كذلك فلا عبرة لاجازة الورثة وعدمها وقالا
لبكر سبع السيف ولزيد الباقي اي عندهما يقسم السيف على سبعة اسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب السيف ستة اسهم
بناء على القسمة عندهما بطريق العول لان الحق ثابت في العين على سبيل الشيوع فيضرب صاحب السيف ستة
لما مر ان السيف يقسم على ستة لحاجتنا الى السدس ولصاحب السدس سدس السيف ولصاحب السيف ستة فيصير
سبعة واذا صار السيف سبعة وقيمته مائة صارت الخمسمائة خمسة وثلثين كل مائة سبعة وليس لخمسة وثلثين
سدس صحيح فيضرب جميع المال من خمسمائة وسيف وهو اثنان واربعون في ستة فيصير مائتين واثنين وخمسين السيف
من ذلك اثنان واربعون وباقي المال مائتان وعشرة فللموصى له بالسدس سدس ذلك وهو خمسة وثلثون فصار سهام
الوصايا سبعة وسبعين وهو اقل من ثلث المال لان ثلث المال اربعة وثمانون والفرق بين التخريجين اجمالا انهما اعطيا
سبع السيف لصاحب السدس وهو اعطى نصف سدس السيف ولا شك ان الاول اكثر لان الستة من اثنين واربعين اكثر من واحد
من اثني عشر لان واحدا من اثني عشر كاربعة من ثمانية واربعين والاربعة من الثمانية والاربعين اقل من الستة من اثنين و
اربعين واما تفصيلا فلانهما يعطيان لصاحب السدس احدا واربعين ولصاحب السيف ستة وثلثين ويكون حقه
اكثر بالنسبة الى صاحب السيف وهو يعطي لكل واحد منهما احد عشر كما في الصغرى فان اوصى لخالد ايضا اي مع زيد وبكر بثلث ماله ولا

اجازة للورثة فالسيف مقسوم بثلثة وستين سهما عند ابي حنيفة لزيد تسعة وعشرون ولبكر سهمان ولخالد خمسة
وللوارث سبعة وعشرون فاجتمع في السيف ثلث وصايا وصية بالكل لزيد ووصية بالثلث لخالد ووصية بالسدس
لبكر فالقسمة عنده بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب السدس والثلث فيما زاد على الثلث وهو اربعة اسداس السيف فسلم
لزيد وبقي من السهمين سهمان ولا منازعة لبكر فيما زاد على السدس ايضا وخالد فيه منازع فيقسم ذلك السدس
بين صاحب السيف وصاحب الثلث نصفين فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصار اثني عشر
سهم لصاحب السيف ثمانية واستوت منازعة صاحب السيف وصاحب الثلث في سهمين فكان بينهما نصفين وهو سهمان
واستوت منازعة الكل فيما فيقسم بينهم اثلاثا وليس للسهمين ثلث صحيح فيضرب اصل المسئلة وهي اثنا عشر في ثلثة
فصار السيف ستة وثلثين وهو اربعة وعشرون كلها لصاحب السيف والسدس ستة بين صاحب الثلث وصاحب السيف
نصفان لكل واحد ثلثة ويقسم السدس الباقي اي الثلثة وذلك ستة اسهم بينهم اثلاثا لكل واحد منهم سهمان فحصل لصاحب السيف تسعة
وعشرون مرة اربعة وعشرون ومرة ثلثة ومرة سهمان ولصاحب الثلث مرة خمسة ومرة ثلثة ومرة سهمان ولصاحب
السدس سهمان واذا صار السيف على ستة وثلثين وقيمته مائة صار كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلثين فحصلت سهام
الوصايا مائة وستة وعشرون وجميع المال مائتان وستة عشر فكانت سهام الوصايا اكثر من الثلث فان اجازت
الورثة يقسم كذلك وان لم تجز واجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة وعشرون وثلث المال والثلثان
واثنان وخمسون والسيف سدسه فيكون ثلثة وستين فيدفع اليهم جميعا من الثلث فما كنا ندفع عند الاجازة
من جميع المال وقد دفعنا لصاحب السيف تسعة وعشرين كلها من السيف فندفع الآن كذلك ودفعنا لصاحب الثلث
السيف خمسة ولصاحب السدس من السيف سهمين فندفع الان كذلك ويكون المبلغ ستة وثلثين وحظ الورثة
من السيف سبعة وعشرون والنقد مقسوم بثلثمائة وخمسة عشر لان السيف اذا صار ثلثة وستين وهو سدسه
صار كل سدس كذلك فصار النقد وهو خمسة اسداس المال بثلثمائة وخمسة عشر لبكر ثلثون ولخالد ستون والمجموع
تسعون فبلغ سهام الوصايا مائة وستة وعشرين لانهم اخذوا ستة وثلثين من السيف ومما اخذوا تسعين من النقد
وللورثة مائتان وخمسة وعشرون لان الحاصل لهم من السيف سبعة وعشرون فصار المجموع مائتين واثنين وخمسين سهما وسهام
الوصايا كانت مائة وستة وعشرين فالحاصل للورثة ضعف ما حصل لاصحاب الوصايا واستقام الثلث والثلثان وقالا يقسم
السيف باثني عشر لزيد سبعة ولبكر سهم ولخالد سهمان وللورثة ثلثة فعندهما القسمة بطريق العول والمضاربة بتقدير الاجازة
فالسدس سهم والثلث سهمان والكل ستة فالمجموع تسعة فاذا جعلنا السيف ستة وهو سدس المال صار كل سدس ستة فصار
النقد ثلثين سهما لبكر منها خمسة ولخالد عشرة وللورثة خمسة عشر فان لم يجيزوا جعلنا سهام الوصايا وهي اربعة
وعشرون ثلث المال لان السيف وان كان ستة الا انه بالعول صار تسعة واذا ضم تسعة الى خمسة عشر كان الحاصل

اربعة وعشرين واذا صار الثلث اربعة وعشرين صار السيف الذي هو نصف الثلث اثني عشر لزيد ستة ولبكر
سهم ولخالد سهمان وبقي للورثة من السيف ثلثة واذا صار السيف اثني عشر صار كل سدس اثني عشر فصار النقد
وهو خمسة اسداس المال ستين سهما لزيد من السيف ستة ولبكر منه سهم ومن النقد خمسة ولخالد من السيف سهمان
ومن النقد عشرة وكل ذلك اربعة وعشرون وللورثة من السيف ثلثة ومن النقد خمسة واربعون ومجموعها ثمانية و
اربعون وهو ضعف ما صرف الى الموصى له فاستقام الثلث والثلثان وهذه الطريقة للمتاخرين وهي اسهل واسرع
في خاطر المحصلين وقوعا فلذلك اختير في المتن وطريق المتقدمين لما صار السيف وهو سدس المال تسعة
صار كل سدس تسعة فصار النقد خمسة واربعين فلخالد ثلثها وهو خمسة عشر ولبكر سدسها وهو سبعة ونصف
فانكسر بالنصف فضعفنا فصار السيف ثمانية عشر والنقد تسعون فلخالد ثلثها وهو ثلثون ولبكر سدسها وهو
خمسة عشر فيكون الكل مائة وثمانية لزيد اثنا عشر كلها من السيف ولبكر سبعة عشر سهما منها من السيف
وخمسة عشر من النقد ولخالد اربعة منها من السيف وثلثون من النقد فجميع سهام الموصى لهم ثلثة وستون من
مائة وثمانية والباقي للورثة وهو خمسة واربعون سهما من مائة وثمانية هذا على تقدير الاجازة فان لم يجيزوا يجعل
ثلث المال على قدر الوصايا لانه قدر سهام الوصايا هكذا روى عنهما والوصايا اربعة اسداس المال وصية
لزيد بالسيف وهو سدس المال ووصية لبكر بسدس المال ووصية لخالد بثلث المال وهو سدسان فالوصايا
اربعة اسداس المال واذا جعل ثلث المال على قدر الوصايا فقد جعل اربعة فصار كل المال اثني عشر سهما
من الثلث لبكر سدسه من السيف وخمسة اسداسه من النقد وسهمان من الثلث لخالد وهو سهمان
من النقد فانكسر بالسدس فضربنا اثني عشر في مخرج السدس وهو ستة فصار اثنين وسبعين فصار
ثلث المال اربعة وعشرين وصار لكل واحد مضروبا في ستة فصار لزيد ستة كلها من السيف ولبكر ستة
منها من السيف خمسة اسهم من النقد ولخالد اثني عشر سهما منها من السيف وعشرة من النقد وحصل
ثمانية واربعون سهما للورثة ثلثة منها من السيف وخمسة واربعون من النقد فاستقام الثلث والثلثان
كذا في المصفى ومن هذا يعلم صحة قوله ويقسم النقد بينهما على ما اختاره المتاخرون لبكر خمسة ولخالد عشرة و
للورثة خمسة واربعون او اوصى لزيد بكذا ولان يباع عبده اي عبد الموصى من بكر بالف وقيمته الفان والمال غيره
اي غير العبد ولم يجز الورثة فهو مقسوم عند ابي حنيفة على اسهم باثني عشر لزيد سهم من عين العبد والباقي يباع
من بكر باحد عشر سهما من اثني عشر اسهم منها اي من احد عشر لزيد عند ابي حنيفة الموصى له بجميع المال لا يضرب في
اكثر من الثلث وصاحب البيع يضرب بجميع العبد في الثلث فيقسم الثلث بينهما على اربعة فاذا صار الثلث اربعة
صار جميع المال اثني عشر فيدفع الى الموصى له بالمال سهم وبقي احد عشر سهما يباع من صاحب وصية البيع باحد عشر سهما

من اثني عشر من الف لانه اوصى ببيع العبد بالف وكان موجبا لكل جزء منه بقسط من الثمن ويدفع ثلثة اسهم
من الثمن الى الموصى له بجميع المال لان ثمن المال فيصير ستة الثلث مع السهم الواحد اربعة وهو ثلث المال ويكون
للورثة ثمانية اسهم فاستقام الثلث والثلثان وبامر ابو يوسف بانه يبيع كله من بكر ويدفع ثلث الثمن الى زيد
اي يباع جميع العبد من الموصى له بالف درهم ويدفع ثلث الثمن الى الموصى له بالمال والثلثان الى الورثة وامر محمد بانه
لزيد بسدس ويبيع خمسة الاسداس من بكر بخمسة اسداس الالف لزيد منها سهم وياخذ الورثة الباقي على الاقوال
فعند محمد هو ان الموصى له بالمال يضرب بجميع الرقبة والموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة في الثلث ايضا لان
الوصية فيما وراء الثلث وان بطلت في حق الاستحقاق فقد بقيت في حق الضرب فان استويا في الضرب في الثلث
يصير الثلث بينهما نصفين ولما صار الثلث على سهمين صار كل منهما ستة اسهم فالموصى له بالمال سدس
العبد ويباع خمسة اسداسه بخمسة اسداس الالف ويدفع سهم واحد من الثمن الى الموصى له بالمال ليتم له الثلث
وبقي للورثة اربعة اسهم فاتفق ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله على انه لا يباع جميع العبد وان اختلفا في المبيع وقال
ابو يوسف هو انه يباع جميعه لان الموصى له شريك الورثة وحق الورثة لا يمنع البيع ويتحول حقهم الى الثمن و
كذلك حق الموصى له بالمال وقال لان الميت اوصى بجميع المال والعبد والثمن كلاهما من المال فينفذ وصيته
فيهما وهذه المسئلة في الزيادات تلقب بمسئلة العركين لان محمدا علاه يخرج التخريج كما يحل العروة بالدلو
الثياب اوصى بثلث وثلث ولا اجازة اي اوصى بثلث ماله لرجل ولاخر بثلث ماله ايضا ولم يجز الورثة اقتسماه
اي الثلث نصفين لانهما استويا في سبب الاستحقاق او اوصى بثلث لرجل وسدس لآخر ولا اجازة فالثلث
يقسمان اثلاثا على قدر حقهما فياخذ صاحب الاقل سهما وصاحب الاكثر سهمان او اوصى لرجل بكل اي بكل المال
وللاخر بثلث فالكل مقسوم عند ابي حنيفة انصافا اسداسا مع الاجازة فيفرض المال ستة دراهم فلا نزاع
لصاحب الثلث في اربعة فاستوت منازعتهما في سهمين فينصف فصار لصاحب الكل خمسة ولصاحب الثلث سهم
والثلث مقسوم مع عدمها اي عدم الاجازة نصفين وقالا يقسم ارباعا فيهما في الاجازة وعدمها لانه اجتمع
ههنا وصيتان وصية بالكل ووصية بالثلث فجعلنا اصل المسئلة من الثلثة لحاجتنا الى الثلث فالموصى له بجميع
المال يدعي كله والموصى له بالثلث يدعي ثلثه وهو سهم فيعول الى اربعة ربعه سهم لصاحب الثلث وثلثة ارباع
ثلثة اسهم لصاحب الكل فنقول الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة فيقسم الثلث ولا بينهما ثم الثلثان
فاذا قسم الثلث منها وهو واحد من الثلثة فلم يستقم التنصيف فضربنا مخرج النصف في اصل المسئلة
وهو ثلثة فصار ستة فثلثه اثنان وبقي اربعة اسهم فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث يدعي سهما واحدا
ليتم له الثلث فسلم للموصى له بالكل ثلثة اسهم وقد استوت منازعتهما في السهم الاصغر فينصف فجاد الكسر

في مخرج النصف فضربنا في ستة فصار له اثني عشر فكان للموصى له بالكل اربعة ونصف فضعفناه فصار تسعة
وهي ثلث ارباع المال الذي اثني عشر في التضعيف وكان للموصى له بالثلث سهم ونصف فضعفنا فصار ثلثة وهي ربع
جميع المال او اوصى لرجل بنصف ولاخر بثلثه ولا اجازة للورثة فالثلث نصفان بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اثلاثا
وهو قول الثلثة وكذا لو اوصى لكل بجميع ماله ولاخر بثلثه عنده نصفان وعندهما اثلاثا ارباعا كذا في العيون فيقسم بينهما
اسهم سهمان لصاحب الثلث وثلثة اسهم لصاحب النصف واصل المسئلة من ستة لانه اقل مخرج له ثلث وثلثان
ونصف لان البطلان من حيث الاستحقاق لا من حيث الضرب فحالها عند عدم الاجازة كحالها عند الاجازة وعند الاجازة
لصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث اثنها والباقي للورثة فعند عدم الاجازة يجعل ثلث المال على قدر سهام الوصية
يكون مجموع المال خمسة عشر ثلثه وهو خمسة للموصى لهما وثلثاه وهو عشرة للورثة لهما ان رعاية غرض الموصي واجبة
بما امكن وغرضه شيئان الاستحقاق النصف والكل وتفضيله على صاحب القليل وامتنع الاستحقاق لمانع ولا مانع من
التفضيل ولا ضرر على الورثة في ذلك فيصار اليه كما في موضع الاجماع وله ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة في
حق الاستحقاق لعدم الاجازة فيبطل في حق التفضيل كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اذا بطل البيع بطل المحاباة
لان بطلان المتضمن يستلزم بطلان ما في ضمنه واما الاشياء الثلثة المستثناة فالمحاباة لم يتبع على حق الورثة قطعا
لامكان تنفيذه بان يظهر له مال فيخرج ما اوصاه من ثلثه بدون الاجازة بخلاف ما زاد على الثلث لان الزائد على حق الورثة
وان كثرت التركة ولو اشار المصنف الى اصل هذا الخلاف بقوله والامام لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث متعلق بما زاد والمضروب
فيه محذوف اي لا يضرب الوصية للموصى له بما زاد على الثلث شيئا من الثلث ولا من غيره حذف ليدل على العموم الا فيما
استثنى وهو قوله الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة فالامام يوافقهما في هذه الثلثة ويقول بالضرب
فيها صورة المحاباة ان يكون لرجل عبدان قيمة احدهما ثلثون والاخر ستون فاوصى بان يباع الاول من زيد بعشرة
والاخر من عمرو بعشرين ولا مال له سواهما فالوصية في حق زيد بعشرين وفي حق عمرو باربعين فيقسم الثلث بينهما
اثلاثا فيباع الاول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثاني من عمرو باربعين والعشرون وصية
فالعشرون من الثلث بقدر وصية وان كانت زائدة على الثلث صورة السعاية اعتق عبدين قيمتهما ما ذكر ولا مال له سواهما
فالوصية للاول بثلث المال وللثاني بثلثي المال فسهام الوصية بينهما ثلاث واحد للاول واثنان للثاني فيقسم الثلث بينهما
كذلك فيعتق من الاول ثلثه وهي عشرة ويسعى في عشرين ويعتق من الثاني ثلثه وهو عشرون ويسعى في اربعين فيضرب كل
بقدر وصية وان كانت زائدا على الثلث وصورة الدراهم المرسلة اوصى لزيد بثلاثين درهما وللاخر بستين وماله تسعون
فيضرب كل بقدر وصية فيضرب الاول الثلث في ثلث المال والثاني الثلثين في ثلث المال والمراد بالمرسلة المطلقة
اي غير مقيدة بانها ثلث او نصف ونحوهما وانما فرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذه الصور الثلث وبين غيرها اذا كانت

مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع ابطل الوصية في الزائد فذكره يكون لغوا فلا
يعتبر في حق الضرب بخلاف الثلث لم يكن مقدرة باي شيء من المال كما في الصور الثلث فانه ليس في العبارة ما يكون مبطلا
للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ما له مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة
وان لم يكن باطلة بالكلية يكون معتبرة في حق الضرب هذا فرق دقيق او اوصى لرجل بسهم ماله فله اخس السهام عند
ابي حنيفة رحمه الله ولا يزاد على السدس وقد روي عنه في هذه المسئلة ينظر الى اخس سهام ورثة الموصي والى السدس ما له ايهما
كان اقل يعطى للموصى له فعلى هذه الرواية جواز النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة عليه وفي رواية الجامع الصغير
حيث قال ينظر الى اخس سهام الورثة والى السدس له فايهما كان اكثر يعطى له ذلك فعلى هذه الرواية تجوز الزيادة على
السدس ولم يجز النقصان عليه وقالا مثل اقل منهما سهم ولا يزاد على الثلث وعندنا انه رحمه الله لما اشارت الورثة
وعن بعض المالكية له الثمن كذا في العيون فيعطى للموصى له اخس سهام الورثة الواقعة في صورة الوصية سواء كان مثل
السدس او اقل او اكثر الا انه يرد على الثلث فيعطى له الثلث الا ان يجيز الورثة الزيادة على الثلث صورة المسئلة
رجل مات وترك ابنا وامرأة وقد اوصى لرجل بسهم فعند ابي حنيفة رحمه الله على رواية كتاب الوصايا يعطى له اخس سهام
الورثة وهي ثمن المرأة فيزاد اخس السهام على الفريضة وهي ثمانية فيصير تسعة يعطى للموصى له سهم وللمرأة سهم
وهو الثمن وللابن ما بقي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له السدس من ماله لانه اكثر من اخس السهام فيجعل المال على
ستة لحاجتنا الى السدس فيعطى له بقيت خمسة وللمرأة منه ذلك الثمن فلا يستقيم فضربنا ستة في مخرج الكسر وذلك
ثمانية فيصير ثمانية واربعين للموصى له سهم مضروب في ثمانية وهو ثمانية بقي اربعون فثمنه خمسة للمرأة والباقي للابن
وان مات وترك امرأة واخا لاب واخس سهام الورثة الربع فعلى رواية الوصايا يعطى له السدس سهم من ستة اسهم
وعلى قولهما يعطى له الربع لانه اخس سهام الورثة وانه اقل عن الثلث وعلى رواية الجامع الصغير على قول ابي حنيفة رحمه الله
يعطى له الربع لانه يعطيه الاكثر من السدس ومن اخس سهام الورثة على تلك الرواية والربع اكثر من السدس فيعطى
له ذلك كذا في الحقائق لهما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى النبي عليه السلام في ذلك بالسدس
ولهما ان السهم اسم لما يستحقه الورثة عرفا وشرعا واقل السهام متيقن والزائد عليه مشكوك ولا يزاد على الثلث لان
الثلث موضع الوصية عند عدم الاجازة او اوصى بجزء من ماله او بحظ او بنصيب او بشيء كذا في العيون اعطاه الورثة
ما شاءوا لان الجزء مجهول يتناول القليل والكثير فالوارث قائم مقام الموصي فيكون البيان اليه او اوصى لرجل
بثلث دراهمه او غنمه فهلك ثلثاه وله ما بقي الثلث يخرج من ثلث ماله وكذلك الكيلي والموزون والثياب من جنس واحد
اعطيناه اي الموصى له كل الباقي لا ثلثه نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال يأخذ ثلث ما بقي وهو قول مالك رحمه الله كذا في العيون
لان التركة مشتركة بين الموصى له والورثة اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليهما ولنا ان الوصية تعلقت

بالباقي ولم يلتحق الى الهالك في الجنس الواحد الا يرى ان الورثة لو قاسموا قبل الهلاك يجوز اي يستحق الموصى له بالقسمة
جبرا اذ القسمة افراز ولو اوصى بثلث شيء معين كدار مثلا فاستحق ثلثاه كان له الثلث الباقي وكذا هذا او اوصى
بثلث ثياب المختلفة الجنس كالهروي والمروي فهلك ثلثاه والباقي يخرج من الثلث اخذ ثلثه اي ثلث الباقي بالاجماع
لعدم استحقاق الموصى له الباقي بالقسمة فلم يكن الوصية متعلقة به لعدم جريان القسمة فيها جبرا والفرق بين
المختلفة الاجناس وبين المتفقة ان حق الموصى له كالاصل وحق الورثة كالتبع من حيث ان ذلك مقدم على حق
الوارث والهلاك يصرف الى التبع كما في المضاربة وهذا نوع قسمة فتحمل فيما يحتملها ويقسم قسمة واحدة واما فيما
لا يقسم قسمة واحدة جبرا وجاء الجبر لا يحتمل هذا النوع فيبقى على الشركة فيشيع الهلاك في الجنسين كذا في جامع
المحبوبي او اوصى بثلث ثلثة عبد فمات اثنان فله ثلث الثلث اي ثلث العبد الباقي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا كله
اي كل العبد الباقي وان كان يخرج من ثلث ماله وهذا الخلاف بناء على مسئلة قسمة الرقيق فعنده يقسم
كل عبد على حدة وكان مشتركا فما هلك هلك على الشركة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة والاصح ان هذا قول
الكل اي لثلث الباقي لا قول ابي حنيفة رحمه الله فقط لان القاضي لو لا يقسم قسمة الجبر اعتمادا على قول ابي حنيفة
فكان الرقيق بمنزلة الاجناس المختلفة من هذا الوجه كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان او اوصى بامة لرجل
وقيمتها ثلثمائة درهم مثلا فولدت بعد موته اي موت الموصى ولدا قيمته ثلثمائة قبل القسمة ثم قبل الوصية فان خرجا
من الثلث بان كان المال الفا وثمانمائة يأخذهما والا اي وان لم يخرجا بان كان المال الفا وثمانين فثلثه اربعمائة
فهو يأخذ من الام والتمام من الولد عند ابي حنيفة رحمه الله فيعتبر الام من ذلك اولا فيدفع اليه بازاء ثلثمائة فيبقى مائة
فيكون ذلك من الولد لان الام اصل في الوصية لان الايصاء وقع بها وسرى الى الولد بسبب اتصاله بالام فالولد تابع
فيه فلا يزاحم الاصل وقالا الثلث شايع فيهما فيخرج بينهما جميعا الثلث من الولد والام نصفين مائتان في الام
ومائتان في الولد فيكون للموصى له ثلثا كل واحد منهما وباقي المال للورثة لان الولد متصل بالام حين الوصية فيكون الولد
موصى به ايضا فيستويان كالف اعتقها ولو كان ولد الموصى به او كسبه ثابتا قبل الموت لا يدخل تحت الوصية حتى
لا يعتبر فيهما الثلث بالاجماع لانهما حدثا قبل ملك الموصى له او اوصى بالف لرجل وله عين ودين فان خرجت الالف
الموصى بها من ثلث العين دفعت اليه والا اي وان لم يخرج اخذ ثلث العين وثلث ما يخرج من دين حتى يستوفي الالف
ولو اخذت الالف كلها من العين لتضرر الورثة لان للعين مزية على الدين او اوصى بالثلث اي بثلث ماله لزيد وبكر
فاذا بكر ميت اخذ زيد كله اي كل الثلث لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو اهل لها وعند ابي
يوسف في قول ولمحمد رحمه الله في رواية وابي يوسف رحمه الله لو لم يعلم موته له نصف وعند الكل رحمه الله له نصف ونصف لورثة عمر وكذا في العيون
او قال الموصى ثلث مالي بينهما اي بين زيد وبكر فاذا بكر ميت فله اي لزيد نصف الثلث يكون له لان قوله بينهما يقتضي

قسمة عليهما نصفين وعند ان فيه رحمه الله في قول له الكل كذا في العيون او اوصى بالثلث ولا مال له وقت الوصية فاكتسب
مالا بعد له يستحق ثلث ما يملكه عند موته لان الوصية استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت سواء اكتسب بعد الوصية او قبلها وعند ان فيه رحمه الله في قول وما كان رحمه الله يدخل ملكه وقت
الوصية كذا في العيون او اوصى به اي بالثلث لزيد او لبكر فهي اي الوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله لجهالة الموصى له
والقضاء بالمجهول باطل وقالا ابو يوسف رحمه الله يا يتفقا لصلحا لان المستحق لا يعدوهما وخير محمد رحمه الله
الورثة في التعيين اي تعيين احدهما لانهم قائمون مقام مورثهم او اوصى به اي بالثلث لزيد وللمساكين قسمه
محمد رحمه الله الثلث بينه وبين اثنين من المساكين اثلاثا لان الاثنين في الوصية جمع كالميراث وعند الثلثة لزيد
ربعه وثلثة ارباع لهم كذا في العيون وقالا بينه وبين مسكين نصفين لان الجمع المحلى باللام مفيد بالاستغراق فلا
تعذر صرف الى الجميع افراده يصرف الى الواحد وموضع الخلاف ذكر المساكين مطلقا اذ لو اشار الى جماعة وقال
ثلث الى هذه المساكين لا يجوز صرفه بالاجماع كذا في الحقايق ولو اوصى بثلث لامهات اولاده وهن ثلثة وللفقراء
والمساكين لهن ثلثة من خمسة وللفقراء سهم وللمساكين سهم وعند الثلثة سهم من الثلثة لكل كذا في العيون او
اوصى بنصيب ابنه لم يصح لان ذلك ايصاء بمال الغير وقال زفر يصح لان مثل الشيء غيره وعند مالك رحمه الله
لا يصح وعند زفر رحمه الله يصح فان كان له ابنان اخذ الثلث لانه نصيبه مثل نصيب منهما فيكون له الثلث او
اوصى بمثل نصيب ابنه اي بمثل نصيبهم قدر المضاف هنا لان الايصاء بنصيب ابن غير جائز لما تقدم والحال
انهم ثلث ولاخر بالثلث ولا اجازة يأمر ابو يوسف رحمه الله هذا بثلثي الثلث وللاول بثلثه فيكون الثلث بينهما
اثلاثا لان عند الاجازة كان لصاحب الثلث في كل المال سهمان ولصاحب النصيب سهم فصار في الثلث كذلك
باعتبار البعض بالكل وامر محمد رحمه الله بثلثة اخماسه وللاول بخمسيه لان الثلث لما كان متعينا للتنفيذ الوصيتين
بمثل نصيب ابن في الثلث بسهمين فصار الثلث بينهما على خمسة فضربنا مخرج الخمس في تسعة فبلغ خمسة واربعين
وتصح منها ولو اجازوا فللمثل من ستة بالاجماع لصاحب الثلث اثنان وللموصى له بمثل نصيب احدهم واحد ولكل واحد
من البنتين واحد ولو خلف ثلثة بنين وثلثة الاف فاخذ كل الفا فادعى زيد ان اباهم اوصى له بالثلث فصدقه
احدهم اي احد البنين وكذبه الاخران يحسن اجزنا بدفع ثلث نصيبه لا بثلثة اخماسه نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يعطي
المقر له اخماس ما في يده لان من زعمه ان ثلث كل التركة له والثلثان بين البنتين اثلاثا فاحتجنا الى حساب له ثلث
واقل ذلك تسعة ثلثه للموصى له ولكل ابن سهم فيقسم ما في يده بينهما اخماسا للموصى له وخماسه المقر ونحن نقول انه اقر بالثلث كل
التركة وما في يده من التركة الثلث فيأخذ ثلث ما في يده او خلف ابنين فصدقه اي الموصى له الذي ادعى انه اوصى له بالثلث
احدهما اخذ امرنا له بثلث ما في يده اي يأخذ ثلث ما في يده لا بنصفه نفى لقول زفر رحمه الله فانه قال يأخذ نصف ما في يده

لا بنصفه نفي لقول زفر رحمه الله فانه قال ياخذ نصفه الى بدله لان في زعمه استحق وحق الموصى له سواء فيؤاخذ بزعمه ولنا ما مر في المسئلة الاولى ولو اعتق المريض في مرض موته او حابا اي باع شيئا باقل من قيمته او وهب هبة وذلك كله معتبر من الثلث لانها تبرعات فان حابا ثم اعتق وضاق عن الثلث فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله فينفذ المحاباة اولا فان فضل شيء من الثلث يصرف الى العتق وقالا العتق اولى وهو قول الشافعي رحمه الله ولهم فان فضل شيء فللمحاباة وعكس اي اعتق عبدا قيمته الف ثم اشترى قيمته الف بالفين فحصل المحاباة بالالف وجميع ماله الثلثة الاف ولم يسع الثلث للعتق والمحاباة فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون للمحاباة بقدر خمسمائة ويسعى العبد في نصف قيمته خمسمائة وقالا العتق اولى وهو قول الشافعي رحمه الله فيهما وقال مالك رحمه الله هي اولى فيهما كذا في العيني او حابا بين عتقين كما اذا اعتق عبدا قيمته الف ثم باع عبدا قيمته الفان بالف ملك ذلك الالف ثم اعتق عبدا قيمته الف ولا مال له سوى هؤلاء العبيد فحصل منه ثلث وصايا كل واحد الف وثلث المال الالف فنصف الثلث للمحاباة اي بنصف الالف بين العتق والمحاباة لان العتق اذا سبق المحاباة تحاصا ثم اصاب المحاباة سلم لها لانها اسبق على العتق ونصف على المعتقين بما اصاب المعتق الاول كان بين العتق الاول والثاني عند ابي حنيفة رحمه الله لانهما من جنس فيسقط من كل واحد من المعتقين مائتان وخمسون ويسعى كل واحد منهما في سبعمائة وخمسين وينفذ المحاباة بقدر خمسمائة ويؤدي الى الورثة خمسمائة لحصول جميع ما حصل للورثة الفان ونفذت الوصايا في قدر الالف فاستقام الثلث والثلثان او اعتق عبدا بين المحاباتين فنصف للاولى اي نصف الثلث للمحاباة الاولى ونصف بين الثانية والعتق اي نصف الاخر بين المحاباة الثانية والعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لان المحاباة الثانية تساوي المحاباة الاولى فضاف الثلث بين المحاباتين ثم العتق يشارك المحاباة الثانية لانه يساوي المحاباة اذا تقدم وقالا العتق اولى بالثلث في الصور كلها لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال اذا كان في الوصايا عتق بدئ به ولان العتق اقوى من المحاباة لانه لا يحتمل الفسخ والمحاباة في ضمن البيع قابل الفسخ والتقديم في الذكر غير موجب للتقديم في الثبوت فلا يعتبر تقديم الموصي وتاخيره ولان المحاباة اقوى لانها ثابتة في ضمن البيع الذي عقد معاوضة فكانت تبرعا بمعناه معاوضة بصيغتها والاعتاق تبرع بصيغته ومعناه فاوجبت المحاباة اولا وقدمت العتق والعتق يقدم من الموصى له بالثلث وقال عليه السلام اذا اجتمع الوصايا وفيها عتق يقدم العتق وبطل ما سواه كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان وتحقيق ما قدمنا الموصى مطلقا في الذكر وقال زفر رحمه الله اذا حابا المريض واعتق والثلث لا يكفيهما واجاز الورثة فيما ذكرنا الا فهو اولى لان تقدمه يدل على كونه اهم عنده ولنا ان حكمها ثابت عند الموت فلا يترجح بالتقدم الواقع قبله ولو اشترى المريض ابنه في مرضه بالف وقيمته خمسمائة او اعتق عبدا قيمته خمسمائة وهما المال اي لا مال له غيرهما ثم مات فالمحاباة نافذة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع هنا ثلث وصايا وصية بزيادة خمسمائة على قيمته ووصية للابن

باعتاقه بالشراء ووصية للعبد الاخر باعتاقه فالبايع اولى بالوصية فلم الثلث كله لان المحاباة مقدمة على العتق عنده وعليهما السعاية اي على العبدين سعاية في جميع قيمتهما لان البايع استحق كل الثلث لان ثلث المال خمسمائة والمحاباة ايضا خمسمائة فالابن لا يرث عنده كالمكاتب وهو لم يسع وقالا العتق اولى من المحاباة فيصرف الثلث كله الى العبد الاخر وعتق بغير سعاية ويسعى الابن وحده في جميع قيمته لان العتق في المرض وصية للوارث والابن وارث هنا فالعتق لا يرتد فلزم السعاية مثل نصيبه تعلما ولو كانت اكثر منه يسعى في الفضل لانه كان اقل منه ياخذ الفضل على السعاية ويرث الابن لكونه حرا مديونا عندهما ولا وصية للوارث وعلى البايع ان يرد المحاباة اذا العتق رجح عليها او اشترى المريض ابنه بالف وقيمته الف وله الفان سواه اعتق وورث الابن بالاجماع لانه يخرج من الثلث والسعاية لا يجب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى في قيمته لان في المرض وصية للوارث لكن نقض العتق بعد وقوعه غير ممكن فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية ولان السعاية لو وجبت بطلت بلزوم الدور لان السعاية اذا وجبت كان كالمكاتب ولم يرث لكونه رقيقا فصحت الوصية له واذا صحت لا يلزم السعاية لخروجه من الثلث فيصير وارثا فلا يجوز الوصية فيجب السعاية واذا تعارضا لا يجب السعاية اعتق المريض ورضي الوارث قبل الموت لا يسعى العبد في شيء وقد نصوا على ان الوارث المجروح اذا عفا عن الخارج يصح ولا يملك المطالبة بعد الموت كذا في البزازية ولو اوصى ان يشترى بكل ماله عبدا فيعتق فلم يجيزوا اي الورثة تلك الوصية فهي باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يشترى بالثلث اي بثلث ماله فيعتق عنه ولان انه اوصى بعتق عبد يشترى بكل ماله والذي يشترى من ثلثه غيره فاختلف المستحق بناء على ان العتق حق العبد عنده ولهذا لا يقبل الشهادة عليه من غير دعوى ولهما ان العتق حق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى وهذا لو لا انه فلم يتبدل المستحق او اوصى بهذه المائة ان يشترى عبدا فيعتق فهلك بعضها فالباقي لا يعتق به اي لا يشترى بالباقي من المائة عبدا فيعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يشترى بالباقي عبدا فيعتق وهو قول الثلثة كذا في العيني لانه نوع قربة فيجب تنفيذها بما امكن اعتبارا بالوصية بالحج ولانه اوصى بان يعتق عبد يشترى بهذه المائة والعبد المشترى باقل منها غيره فلا يكون تنفيذا للوصية او اوصى بان يحج بها اي بهذه المائة فهلك بعضها حج بالباقي من حيث تبلغ اي من اي مكان يمكن ان يحج بالباقي بالاجماع لانها قربة محضة هي حق الله تعالى فلا يتبدل المستحق بقوله المائة لانه لو اوصى ان يحج عنه ولم يعين المبلغ فالوصية الثلث لما مرت في باب الحج عن الغير وعند الشافعي رحمه الله في قول من الميقات ولو اوصى ان يحج حجة الاسلام يحجوا عنه من بلده راكبا كذا في العيني ويقدم الفرايض اذا اوصى بوصايا تقدم الفرايض منها سواء قدمها الموصي في الذكر او اخرها كالحج والزكوة والكفارة لانها اقوى وعند مالك رحمه الله يقدم العتق والتدبير على الزكوة والوصية بعتق عبد يشترى ويعتق ثم الكتابة ثم الحج كذا في العيني واختلف الروايات عن الشافعي ففي رواية يقدم الحج على الزكوة وفي رواية

بعكس الحج والزكوة تقدمان على الكفارات وهي على صدقة الفطر وهي على الاضحية والواجبات تقدم على النوافل كذا في البزازية ومن غيره اي ان ذلك اوصى بوصايا متساوية في القوة ما قدمه اولا اضاف او اوصى لعبده بالثلث اي بثلث ماله ثلثه اي ثلث العبد حر عند ابي حنيفة رحمه الله بعد موته اي موت الموصي لانه من جملة ماله فملك ثلث نفسه فيعتق ثلثه وعليه السعاية في ثلثيه اي ثلثي القيمة للورثة وله اي للعبد ثلث باقي تركته لانه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة ثم ان كان ثلث باقي المال يشمل الثلثين اعلى من السعاية ومن جنس قيمة العبد يقع المقاصة بتراضيهم وان لم يرضوا استردا العبد ثلث باقي المال ويسعى في ثلثي قيمته لهم وقالا يعتق كله من الثلث لانه حر مديون ويتم له الثلث من الباقي ان نقص الثلث بشيء دفع الى العبد وان لم يخرج من الثلث يسعى بقدر ما يضاف اليه من قيمته من الثلث وهذا الخلاف بناء على تجزي الاعتاق وعدمه ولو اوصى له بثلث من اعيان ماله او الدراهم المطلقة لا يصح ولو قال اي في صحته انما لم يصرح به لان الاصل حالة الصحة ولهذا لم يضر فارسا لغير المدخول بها انت طالق او عبدي هذا حر ومات مجهلا اي من غير ان يطلقها ولا يبين انه اختار احدهما فنصفه حر عند ابي حنيفة وعليه السعاية في نصفه فلا يعتق في حال و يعتق في حال فليتصف لها ميراثها ومهرها لانه لا يطلق عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ما اوجبا احدهما غير واقع في العتق كما مر ذنبه فلو وقع انما يقع بعد الموت والعتق يقع بعد الموت دون الطلاق الا يرى انه اذا قال لامراته انت طالق بعد موتي لا يصح ولو قال لعبده انت حر بعد موتي يصح فيستحق المهر والميراث كاملا لبقاء النكاح وقالا نصف الميراث وثلثة ارباع المهر لان الطلاق يقع في حال دون حال فان وقع بعد الميراث وسقط نصف المهر وان لم يقع لا يبطل شيء من المهر والارث فنصف الميراث ويضعف نصف المهر فيبطل الربع المهر ونصف الميراث فبقي لها نصف الميراث وثلثة ارباع المهر وبه قال ابو يوسف رحمه الله تكمل للمراة باستيفاء ذلك المهر من السعاية وغيرها من التركة لان كلها تركة وعند محمد رحمه الله بنصف المهر ضمنا اي باستيفائها نصف المهر من السعاية والباقي من غيره اي عند محمد رحمه الله باستيفاء ربع المهر ونصف الميراث من ساير التركة دون السعاية لانها تدعي زيادة المهر والميراث بسبب ان العتق يقع في الصحة ولم يقع الطلاق والعتق لا يوجب السعاية فقد اقرت بانه لا حق لها في السعاية خلا فرد نصف المهر فواجب بكل حال وقع الطلاق ام لا وكان في كل التركة واعتق المريض امة وقيمتها الف مثلا ثم تزوجها بما ثبت ذلك مهر مثلها ودخل بها ثم مات وقيمتها اكثر من الثلث اي كان قيمتها اكثر من الثلث بعد دفع مهر المثل من جميع المال لانه دين وقيمتها وصية والدين مقدم على الوصية فنكاحها فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله ولو خرجت قيمة الامة من الثلث يصح النكاح ولا يجب السعاية لان قيمتها اذا لم يخرج من الثلث لزمها السعاية وصارت كالمكاتبة عنده فلا يجوز نكاحها المولاة ولهذا لم يلزم المهر بالدخول في العقد ويدفع لها مهر مثلها ثم يدفع الثلث ما بقي من المهر وسعت فيما بقي من قيمتها لانه وصية وهي من الثلث والميراث لها لفساد نكاحها وقالا النكاح جائز بكل حال فلها مهر مثلها والزيادة عليها باطلة لانها وارثة وسعى في جميع قيمتها لانها

وصية للوارث ويدفع من قيمتها قدر مهر مثلها وميراثها قصاصا ويسعى في الباقي ولو اوصى بخدمة عبد او سكنى دار سنين معلومة او ابدا فاخرج من الثلث سلم للخدمة لان حق الموصى له لا يزاحمه الورثة فيه وان كان غير المال وحده اي ان لم يكن له غير العبد خدمة العبد الموصى يوما وتخدم الورثة يومين لان تجزية العبد غير ممكن فتهايا على قدر حصصهم وعند الشافعي وابن عمر رحمهما الله يقوم العبد مسلوب النفقة في تلك المدة ثم يقوم مع المالك المدة فينظر كم قيمتها فيها لذلك وفي الابد يقوم جميع المنفعة وعند مالك رحمه الله الورثة تخير بين تسليم الثلث المال وبين تسليم في المدة كذا في العيني وكذا الحكم في الدار قيل الاصل لن يقسم الدار اثلاثا فيسكن الموصى له الثلث والورثة الثلثين لان الاستيفاء في المنفعة زمانا وذاتا في الدار يمكن فان مات الموصى له بالمنفعة تكون نفيد اليهم اي يعود العبد الى الورثة ويبطل الوصية وقال الشافعي رحمه الله في قول لا يعود بل يرث منفعته ورثة الموصى له قوله رعاية عن مالك رحمه الله انها مملوكة وقت الموت فيرثها كالغير ولنا ان الارث يجري في الاعيان دون المنافع كما في الاعارة لان المنافع التي تحدث بعد حدوث للموصى له لم يكن ملكا له فلا يورث او مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية بالاجماع لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ولا يتصور ذلك الموصى له بعد موته فيبطل ولو سكن ثلثها اي الموصى له ثلث الدار و الحال انه لا يملك المال ولا مال غيرها والوارث لا يملك بيع الثلثين عند ابي يوسف رحمه الله لان حق الموصى ثابت في سكنى جميعها بان يظهر له مال اخر فيخرج الدار من الثلث وكذا يمنعانهم مزاحمتهم لو ظهر بالثلث الذي هو سكنه والبيع يتضمن ابطال الحق فلم يجز لهم وتجيزه ابو يوسف رحمه الله لانه خالص حقهم فجاز تصرفهم فيه بالبيع او اوصى لرجل الخاتم ثم اخر بفصه فنص ذلك الخاتم يعطي ابو يوسف رحمه الله الفص للثاني لان الفص يدخل في الوصية الاولى دلالة وقد جعلها الموصي للثاني صريحا فيعتبر الصريح دون الدلالة وجعل محمد رحمه الله الفص بينهما لان تسمية الخاتم للنص وقد جعل الوصي لكليهما من غير رجوع عن الاولى فاجتمع فيه الوصيتان فاشتركا وقيل كونه اي كون الفص بينهما على الوفاق وفي الزيادات ان الوصية لكليهما ان كانت موصولة بالوصية الاولى فالفص لكليهما بالاجماع لان اخر الكلام مبين للاول كالاستثناء فيكون خلافا لابي يوسف رحمه الله وفاقا فيما اذا فصل بينهما او الوصية بمركب في سبيل الله غير معتبر عند ابي حنيفة لانها في معنى الوقف ووقف المنقول لم يكن جايزا عنده فلم يجز ايضا فاجملها لمن ينفق عليه ولا ينتفع بدونه وقالا معتبرة بناء على ان وقف المنقول جائز عندهما ويكون في يد الامام ينفق عليها من بيت المال وابو يوسف رحمه الله روى انه يجوز وقف المنقول مقصودا لكن وافق محمد رحمه الله في وقف الكراع والسلاح في سبيل الله للاثار او اوصى بالثلث اي بثلث ماله في سبيل الله تعالى فخص الجهاد اي بالغزاة لانهم هم السابقون الى الفهم في العرف واضاف محمد رحمه الله منقطع الحاج اي اعطى لمن انقطع عن الحج لما روى ان رجلا جعل ناقته في سبيل الله فارادت امرأته ان تحج عليها فسأل المرأة عن النبي عليه السلام الحج من سبيل الله

فصل

في الوصية للاقارب وغيرها واذا اوصى لجيرانه جيرانه جاره فهي للملاصقين اي تلك الوصية يكون

الملاصقين للموصي عند ابي حنيفة رحمه الله لان المجاورة هي الملاصقة فيستوي فيه المسلم والكافر والذكر والانثى
وقالا هم ولغيرهم ممن يسكن محلته ويجمعهم مسجد لانه عليه السلام قال لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسر
بكل من سمع النداء وعند الشافعي اربعون دارا من كل جانب كذا في العيني او اوصى لاصهاره كانت الوصية لكل
ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها وكانوا يسمون
اصهار النبي عليه السلام او اوصى لاختانه فلزوج كل ذي رحم محرم منه كازواج البنات والعمات والخالات وفي العرف
مكننا والحكم على العرف او اوصى لاقربائه فهي اي الوصية للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه اثنين اي يكون الوصية للاثنين
منهم فصاعدا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الكل من ينسب اليه وهو قول الثلثة وفي رواية عن مالك ولمحمد رحمه الله قرابته
من جهة الاب كذا في العيني سواء كان محرما او لا واحدا او اثنين الى اقصى اب في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك
الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة هذا الخلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم
يسلم فمن اوصى بثلث ماله لاقرباء النبي عليه السلام لا يدخل فيها اولاد ابي طالب على قول من شرط الاسلام ويدخلون
على قول من شرط ادراك الاسلام واما اولاد العباس فيدخلون فيها بالاجماع وهذا الخلاف لو اوصى لارحامه او لذوي انسابه
ماله ولو قال مع هذه الالفاظ الاقرب فالاقرب لا يعتبر الجمع بالاجماع لان الاقرب اسم فرد خرج تفسيرا للاول
فيعم المحرم وغيره ولكن يقدم الاقرب بصريح شرطه كذا في الحقائق ولا يدخل فيه الوالدان والولد في الاقرباء بالاجماع
لانهم لا يسمون اقرباء عرفا لهما ان الكلام شامل للكل قال الله تعالى ولذي القربى وهو يتناول كل قريب مطلقا
وله ان ذكرهم بلفظ الجمع واقله اثنان حتى لو كان واحدا يستحق النصف دون الكل لان الوصية اخت الميراث و
الجمع المذكور فيه اثنان ويعتبر الاقرب فالاقرب كما في الميراث ويعتبر المحرمية لان القريب المطلق هو المحرم لا الابعد
بعيد من وجه ولهذا لم يجب نفقته عليه وجاز نكاحه وادخل محمد رحمه الله في الوصية لاقربائه ولذي قرابته الجد وولد الولد
وقالا لا يدخلان لان القريب بقرابة الولاد لا يطلق عليه اسم القريب عرفا وله ان الله تعالى عطف الاقربين
على الوالدين في قوله للوالدين والاقربين والعطف يقتضي المغايرة واذا خرج الولد لاتصاله بقي الجد وولد الولد
داخلين في ذي القرابة حقيقة فلو كان للموصي حين الوصية باقربائه عمان وخالان فهي اي الوصية للعمين عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الاقربية معتبرة عنده وقالا بينهم يقسم ارباعا وهو قول الثلثة كذا في العيني لانهما لا يعتبران الاقربية و
لو كان له عم واحد فله نصف الثلث عنده وعندهما جميعه ولو كان له عم وعمة فالوصية للعم والعمة سواء لاستوائهما
في القرابة وهو لا يخفى الخالة لانها اقوى من الخؤولة ولو كان له عم وخالان له النصف ولهما النصف وعندهما اثلاثا
كذا في العيني ولو اوصى لقرابته او لذي قرابته او لذوي نسبه لو كان القريب عبدا او كافرا يستحق الواحد ان يقول والا
فالاقرب تفسير لما تقدم فانه اسم فرد يدخل فيه ذو الرحم المحرم كل الوصية بالاجماع ان لم يكن وارثا او اوصى لبني فلان له

اي لفلان ذكور واناث خص ابو يوسف رحمه الله ذكورهم بالوصية لان اسم البنين حقيقة في الذكور دون الاناث
واشرك محمد رحمه الله بينهم بالسوية لان اسم البنين يتناول الذكور والاناث عند الاختلاط لقوله تعالى يا بني آدم
ولو كان الكل اناثا لا يدخلن في الوصية بالاجماع والمراد من فلان رجل معين لو اوصى لبني تميم مثلا يدخل فيه
الاناث كذا في الحقائق كما في لو اوصى لولد فلان فانه يتناول لفظ الولد الكل بالاجماع او اوصى لورثته اي لورثة
فلان قسمت الوصية للذكر مثل حظ الانثيين اعتبارا بالميراث او اوصى لاهله فهي اي الوصية لزوجته عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الاهل الغالب زوجته وهو القياس كذا في الزيادات قال الله تعالى خبرا عن موسى عليه السلام وسار باهله اي بزوجته
وقالا الوصية لكل من يعوله استحسانا اعتبارا للعرف يؤيده قوله تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام فأتوني باهلكم
اجمعين وعند الشافعي ولمحمد رحمه الله كالقرابة وعند مالك رحمه الله عصبته وعند من يرثه وآل اهل بيته كذا في العيون
او اوصى لمواليه اي لموالي فلان فليس لفلان موالي اعتقهم ولموالي ابيه ثم اي كان يعتق ابو عبيد الله وورث
ولاءهم بطلها ابو يوسف رحمه الله الوصية لهم اي لموالي ابيه لان لم يكن له موالي لانه ورث ولاءهم من ابيه فصار كمواليه
لهذا اعتبر الشرع مولى له حيث حكم بثبوت الولاء عليهم ارثا فتناوله مطلق الاسم ومنعهم محمد رحمه الله وقال لا شيء
لهم لان موالي الرجل حقيقة معتقوه وهم معتقو غيره وانما يجوز ميراثهم بسبب العصوبة ولو كان له موالي للموصي عبيدا
اعتقهم وموالي العتقاء ابو قحافة نحو منعنا الشركة اي لا يدخل في الوصية مواليه وموالي ابيه وقال زفر رحمه الله يدخل الكل
كلهم مواليه الان وهو قول الشافعي ولمحمد رحمه الله رواية عنا كذا في العيني وعند ابي يوسف رحمه الله الوصية لمواليه
خاصة لان كان له موالي ولم يكن له فلموالي ابيه وعند محمد رحمه الله لا شيء لموالي ابيه ولنا ان الموالي لم يجعل
مجازا لمعتق ابيه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولم يجعل حقيقة يلزم تعميم المشترك وكلاهما ممتنع او اوصى للمسجد بثلث
ماله من غير ذكر انفاق اي من غير ان يقول فينفق على المسجد بطلها ابو يوسف رحمه الله لان الوصية تمليك والمسجد ليس
باهل للملك والوصية تمليك فلو ذكر النفقة عليه كان والانفاق صالحه واجازه محمد رحمه الله حملا للكلام الى المعروف اي مصالحه
تصحيحا او اوصى لقارئ القرآن عند قبره بشيء فالوصية باطلة ولو امر رجلا بان يحمل الى موضع كذا ويدفنه فيه ايضا
الوصية باطلة ولو جعل الوصي بلا اذن الورثة يضمن ما انفق وعمارة القبور لتحصين يجوز ولتزيين فالوصية به
باطلة والوصية لتطيين القبر ولبناء عليه قبة باطلة كذا في البزازيه هذا اخر الكلام والحمد لله على التمام

ورسوله افضل السلام

واصحابه الكرام

تم